

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO

RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE CÓNYUGES POR EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD Y POR LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

AUTOR

Paula Baltanás Ortiz

DIRECTOR

María Luisa Arcos Vieira

Pamplona

[2 de junio de 2016]

Abstract

Tort law between spouses is a current topic discussed by doctrine and case-law. This work examines tort liability in cases of infringements of the duty of fidelity as well as in cases of paternity fraud, giving a particular point of view, based on doctrinal opinions on this matter. Firstly, this work analyzes in which cases would be compensable the damages caused by breach of the duty of fidelity. Then, the requirements which must be met in order to consider tort law actions by infringements of the duty of fidelity and paternity fraud are analyzed, especially the problems with the requirements of non-material damage and subjective imputation. Finally, the discussion about the potential claim of the amounts paid within the concept of nourishment is expounded.

Key words

Duty of fidelity, paternity fraud, non-material damage, subjective imputation, duty to provide nourishment.

Resumen

La responsabilidad civil entre cónyuges es un tema novedoso planteado por la doctrina y la jurisprudencia. En este trabajo se realiza un análisis de la responsabilidad civil en supuestos de incumplimiento del deber de fidelidad y de ocultación de la paternidad, dando un punto de vista concreto con base en las opiniones doctrinales sobre esta materia. En primer lugar, se analiza en qué casos podrían ser indemnizables los daños por el incumplimiento del deber de fidelidad, continuando con el análisis de los requisitos que se deben cumplir para la estimación de acciones de responsabilidad civil tanto por el incumplimiento del deber de fidelidad como por la ocultación de la paternidad. Especialmente se realiza un estudio profundo en los requisitos de daño e imputación subjetiva, por ser los que crean más controversia. Finalmente, se expone el debate en torno a la posible reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos.

Palabras clave

Deber de fidelidad, ocultación de la paternidad, daño moral, imputación subjetiva, deber de alimentos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN	13
I. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE FAMILIARES	14
II. ANÁLISIS DEL DEBER DE FIDELIDAD Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SU INCUMPLIMIENTO	16
1. Concepto del deber de fidelidad y consecuencias jurídicas distintas a la responsabilidad civil.....	16
1.1. Contenido del deber ético-jurídico de fidelidad.....	16
1.2. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de fidelidad.....	20
2. La responsabilidad civil por el incumplimiento del deber de fidelidad	21
2.1. Existencia o no de responsabilidad civil en casos de infidelidad.....	23
2.2. Vía contractual o extracontractual para reclamar la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de fidelidad.....	27
a. Daño y nexo causal.....	29
b. Imputación objetiva y subjetiva	31
III. DAÑOS DERIVADOS DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD	34
1. Cumplimiento de los requisitos del artículo 1902 del CC	36
1.1. Producción de un daño por ocultación de la paternidad.....	37
1.2. Prueba del nexo causal e imputación objetiva	41
1.3. Imputación subjetiva	41
2. La prescripción de la acción de responsabilidad civil en casos de ocultación de paternidad.....	45
3. Reclamación de cantidades pagadas por alimentos.....	48
3.1. Vía para la devolución de las cantidades pagadas.....	50

3.2. <i>Análisis de la STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015</i>	53
IV. RECAPITULACIÓN	56
V. BIBLIOGRAFÍA	59
VI. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA	65

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Cit.	Citada
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dir.	Director
Ed.	Edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada
Págs. /pág.	Páginas/página
PETL	Principles of European Tort Law
RJ	Repertorio de jurisprudencia (Aranzadi)
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Aranzadi)
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional (Aranzadi)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

V. Véase

Vol. Volumen

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordan dos supuestos de responsabilidad civil entre cónyuges¹: la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de fidelidad y por la ocultación de paternidad, con la posible reclamación del marido de cantidades pagadas en concepto de alimentos por un hijo extramatrimonial.

Sobre el deber de fidelidad, la doctrina analiza si la naturaleza de este deber es tan sólo moral, o si además, es un verdadero deber jurídico. El incumplimiento del deber de fidelidad conlleva como consecuencias jurídicas la desheredación y la cesación de alimentos en supuestos de gravedad o reiteración. Se estudia la posibilidad de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, como nueva consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de este deber, que dote de mayor contenido a estos deberes.

En cuanto a la ocultación de la paternidad, los daños derivados de este supuesto de responsabilidad civil son daños autónomos que se causan por ocultar al cónyuge la verdadera paternidad biológica de un hijo extramatrimonial. Los daños en estos supuestos pueden ser morales por la afección a la integridad psíquica, y patrimoniales por el empobrecimiento derivado del pago de alimentos indebidos.

La doctrina discute acerca de la vía por la que reclamar dichas cantidades por alimentos, mientras que el TS recientemente ha establecido que la vía del art. 1895 del CC no es posible, al ser los alimentos debidos. En cuanto a la imputación subjetiva, existe

¹Hay más posibles supuestos de responsabilidad civil entre cónyuges, como demandas por obstaculizar el régimen de visitas, por no reconocer hijos extramatrimoniales o por vulneración de derechos de la personalidad.

debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la aplicación del requisito como culpa en sentido amplio, o restringido al dolo, con base en la doctrina del TS.

I. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ENTRE FAMILIARES

Hasta el siglo XX, el Derecho de familia era entendido como un sistema cerrado, con reglas propias para resolver posibles controversias. Sin embargo, la regulación del Código Civil es unitaria y coordinada. El derecho de familia no es ajeno a las normas generales de responsabilidad civil².

En lo que respecta a la relación del derecho de familia y la responsabilidad civil, ha habido una clara evolución hacia la aplicación de responsabilidad civil entre familiares³. Anteriormente, no había una necesidad de cuestionar la inclusión de la responsabilidad civil en Derecho de familia, porque las propias personas afectadas no contemplaban la posibilidad de demandar a un familiar que causaba un daño. El modelo de familia tradicional chocaba con la posibilidad de reparar un daño causado entre familiares, y el interés de la familia como grupo prevalecía frente a los intereses de cada individuo como persona.

La no interposición de demandas de responsabilidad civil entre familiares explica la ausencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia hasta 1999⁴. La SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675, señala que es “una cuestión absolutamente compleja que tenemos aún abierta ante la falta de pronunciamientos (...) del Tribunal Supremo al respecto. La AP señala que desde 1999 y sobre todo desde la ley 15/2005, diferentes Audiencias Provinciales se han ido pronunciando en distinto sentido.

²ROMERO COLOMA, A.M. *La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges y parejas de hecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 34.

³A efectos de este trabajo, el cónyuge es familiar. Las relaciones familiares paterno-filiales parten de un hecho biológico, mientras que la relación conyugal parte la elección del cónyuge, consecuencia de la libertad de los esposos. La familia nuclear es la familia que convive y está formada por los miembros de una pareja y sus hijos.

⁴STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999\5726; STS, Sala de lo Civil, núm. 687/1999, 22/07/1999, (RJ 1999\5721).

Según ROMERO COLOMA⁵, “simplemente no había existido una opinión acerca de este tema”. De la STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, (RJ 1999\5726), se extrae que para el TS no existían consecuencias jurídicas más allá de la separación o el divorcio por incumplimiento de deberes conyugales.

La ausencia de responsabilidad⁶ entre familiares que existía en España, resultaba común en otros ordenamientos jurídicos, incluso en sistemas de *Common Law*⁷. En países anglosajones, como EEUU, hasta el siglo XIX existía plenamente lo que se denominaba *interspousal immunity*⁸. Esta especie de inmunidad fue debilitándose, siendo el primer paso para su desaparición las *Married Women's Property Acts*. Estas leyes concedieron a la mujer capacidad patrimonial y capacidad de litigar, pudiendo interponer acciones de responsabilidad civil contra su propio cónyuge por daños patrimoniales. En otros países de tradición anglosajona, como Inglaterra, la inmunidad entre cónyuges desapareció en 1962 mediante la *Law Reform Husband and Wife Act*, que posibilitó todo tipo de acciones de responsabilidad por daños entre cónyuges⁹.

Según ENCARNA ROCA I TRÍAS¹⁰ “el principal efecto del matrimonio en el *Common Law* era la fusión de las personalidades del hombre y la mujer, con la pérdida por ésta de su propia personalidad”. Los cónyuges constituían una unidad al casarse, y no era posible una demanda entre cónyuges. Según FERRER RIBA¹¹, en los Estados Unidos quedan todavía jurisdicciones que aplican estas inmunidades, pero se tiende a sustituirlas por “privilegios de derecho sustantivo” como la confección de estándares de cuidado y criterios de imputación a medida para cada tipo de relación familiar.

El Derecho de familia es un área en constante transformación, y ahora se le da más valor a cada miembro de la unidad familiar. La familia es un instrumento para el desarrollo

⁵ ROMERO COLOMA, A.M. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 39.

⁶ LÓPEZ DE LA CRUZ, “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Indret*, núm. 4, 2010, págs. 40 y ss.

⁷ ROMERO COLOMA, A.M. *La indemnización entre cónyuges (...)*, Cit., págs. 55-56.

⁸ FERRER RIBA, J. “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2001, págs. 6-8.

⁹ FAYÓS GARDÓ, A. “Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil, una perspectiva española y norteamericana”, en *Actualidad civil*, núm. 14, 2011, págs. 1562-1570 y FERRER RIBA, J. Ob. cit., pág. 6.

¹⁰ ROCA I TRÍAS, E. “La responsabilidad civil en el derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad” en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, págs. 533-566.

¹¹ FERRER RIBA, J., Ob. cit., pág. 8.

de cada individuo, por lo que se refuerzan los derechos de las personas, con su máximo exponente en el derecho al desarrollo de la personalidad. Según FAYÓS GARDÓ¹², se ha derogado la regla de inmunidad familiar pero los tribunales siguen siendo reticentes a la aplicación de la responsabilidad civil a las relaciones entre esposos. Sin embargo, ser familiar no debe servir como pretexto para causar daños libremente.

II. ANÁLISIS DEL DEBER DE FIDELIDAD Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SU INCUMPLIMIENTO

1. Concepto del deber de fidelidad y consecuencias jurídicas distintas a la responsabilidad civil

Antes del tratamiento de la responsabilidad civil por el incumplimiento del deber de fidelidad, es necesario comprender qué se entiende por infidelidad. Entender el deber como ético-jurídico o solamente como ético afecta de manera directa en la posible aplicación de la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento.

En cuanto a sus características, es un deber de cumplimiento obligatorio cuando existe el vínculo matrimonial y no subsiste en supuestos de crisis matrimoniales que dan lugar a separaciones o divorcios. Es una obligación recíproca, pero no sinalagmática, puesto que su cumplimiento no depende de que lo cumpla o no el otro cónyuge¹³. Son deberes personalísimos, en los que no cabe exigir un cumplimiento forzoso.

1.1 Contenido del deber ético-jurídico de fidelidad

El deber de fidelidad se regula jurídicamente porque entraña una gran relevancia moral en la cultura cristiana, y tiene relación con el principio de monogamia en el

¹² FAYÓS GARDÓ, A., Ob. cit. pág. 1569.

¹³ NOVALES ALQUEZAR, M.A. *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*. Comares, Granada, 2007, pág. 61.

matrimonio. Los deberes conyugales recogidos en el CC¹⁴ regulan el comportamiento de los cónyuges en el matrimonio. Se analiza la posibilidad de la responsabilidad civil como consecuencia jurídica de su incumplimiento¹⁵, para dotar de contenido jurídico al deber de fidelidad. Sin embargo, no queda claro si esta responsabilidad se debe adecuar a la vía contractual o extracontractual. Este punto será analizado en el apartado 2 (de la responsabilidad civil.)

Algunos autores como FERRER RIBA entienden que son deberes jurídicos que se acercan a deberes éticos, que no deben ser protegidos con las normas de responsabilidad civil si no se vulneran derechos fundamentales, por no existir ningún interés jurídico digno de protección¹⁶.

La corriente doctrinal que se inclina por la no aplicación de la responsabilidad civil por incumplimiento de deberes conyugales interpreta que si la finalidad de la reforma introducida por la ley 15/2005 era la conversión del divorcio-sanción en un divorcio-remedio, no tiene sentido dar cabida a la responsabilidad civil en caso de incumplimientos de deberes conyugales, porque sería una forma de volver al divorcio-sanción y castigar al cónyuge infiel¹⁷. En contra de este argumento, se alega que con la responsabilidad civil no se castiga al cónyuge que produce el daño, sino que se compensa el dolor padecido de alguien que no lo debería haber soportado.

La postura que defiende la mayoría de la doctrina¹⁸ y que se comparte en el presente trabajo es la que afirma que los deberes conyugales son deberes jurídicos. Dentro de la doctrina que apoya la juridicidad de los deberes conyugales, el contenido de éstos suscita controversias. Algunos autores afirman que el deber de fidelidad tiene un contenido

¹⁴ V. art. 66, art. 67 y art. 68 del CC. En concreto el deber de fidelidad se recoge en el art 68 del CC, modificado por la ley 15/2005, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.

¹⁵ NOVALES ALQUEZAR, M.A. “Hacia una teoría de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm.60, 2006, págs. 197-218. En el mismo sentido, V. DE VERDA Y BEAMONTE, “Responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes conyugales” en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Dir.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012, págs. 142-162.

¹⁶ FERRER RIBA, J., Ob. Cit., pág. 15.

¹⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, págs. 74-75.

¹⁸ V. ALGARRA PRATS, E. “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs. 11 y ss. En la misma línea, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 82-84.

amplio¹⁹, entendiendo la fidelidad como lealtad en todos los ámbitos (afectivo, sexual, social). Por el contrario, otros autores restringen su contenido al ámbito sexual²⁰.

Autores como RAGEL SÁNCHEZ²¹ o PÉREZ GALLEGO²² se inclinan por un concepto de fidelidad en sentido amplio, extendiéndolo a la esfera afectiva, familiar y social, además de la esfera sexual, siendo desleal el que habla mal del cónyuge o le miente reiteradamente. Desde esta perspectiva, el deber de fidelidad no se identifica tan sólo con la exclusividad sexual.

Su contenido positivo estricto implicaría la obligatoriedad de mantener relaciones sexuales con el cónyuge (débito conyugal), el contenido positivo amplio incluiría la obligatoriedad de ser afectivo con el cónyuge. Este trabajo apoya la teoría de que el contenido positivo del deber de fidelidad (débito conyugal, afectividad, etc.) no entra dentro del contenido jurídico de este deber, porque dicho contenido sólo es exigible moralmente. Su incumplimiento, desde esta interpretación, no puede conllevar consecuencias jurídicas de responsabilidad civil, porque prevalece la libertad individual de cada persona. No es posible exigir afectividad jurídicamente, ni obligar al mantenimiento de una relación sexual no deseada, que podría conllevar un delito contra la libertad sexual²³.

Como el Tribunal Supremo afirma en la STS de 3 de Mayo de 2013²⁴ “Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación o agresión sexual, ni existen supuestos "derechos" a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello por lo que esta Sala ha

¹⁹ ROMERO COLOMA, A.M. “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción” en *Diario la Ley*, núm. 7646, pág. 2.

²⁰ NOVALES ALQUÉZAR, M.A. *Los deberes personales...*, Ob. cit., pág. 199: “Muchos autores distinguen junto a un deber de fidelidad en sentido negativo, un deber de fidelidad en sentido positivo. A este grupo, en el que me incluyo, pertenece LACRUZ BERDEJO, GARCÍA CANTERO...”. “Otros, sólo declaran acerca del sentido negativo del deber de fidelidad (Bonet RAMÓN, ALBADALEJO, Díez PICAZO...)”.

²¹ RAGEL SÁNCHEZ, F.L.: “Los deberes conyugales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997, págs. 261-314.

²² PÉREZ GALLEGO, R. “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm. 3, 2015, págs. 141-175.: “La fidelidad, por tanto, gira más alrededor de la confianza recíproca, de la lealtad y del respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como también con el deber de respeto mutuo.”

²³ STS, Sala de lo Penal, núm. 1870/2002, 18/11/2002, (RJ 2002\10488): “La circunstancia de que el agresor sexual sea el marido de la víctima no reduce la gravedad del delito, sino, muy probablemente, todo lo contrario, dado que el vínculo entre el autor y la víctima hace más reprochable un hecho punible que comporta un serio desprecio por la persona de la agredida”.

²⁴ STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 355/2013, 3/05/2013, (RJ 2013\4648).

declarado reiteradamente que comete violación, o agresión sexual, y no está amparado por causa alguna de justificación quien, usando violencia o intimidación, tuviese acceso carnal o atentare contra la libertad sexual de su cónyuge...”.

En cuanto a su sentido negativo estricto²⁵, la infidelidad se entiende como la deslealtad en cualquier ámbito de los citados anteriormente, siendo infiel el que mantiene relaciones sexuales con terceros, o el que realiza otras conductas como hablar mal de su pareja a terceros. Este trabajo defiende que el contenido del deber es negativo y no sólo restringido al ámbito sexual, puesto que la deslealtad en el ámbito social o afectivo también es un incumplimiento del deber de fidelidad y puede tener consecuencias jurídicas. Otra cosa es que, en lo que respecta a la responsabilidad civil, no todo incumplimiento del deber de fidelidad que cause daño debe ser indemnizable²⁶.

En conclusión, se mantienen cuatro posturas en cuanto al contenido del deber de fidelidad en el CC: contenido positivo y negativo en todos los ámbitos, contenido positivo y negativo restringido a la sexualidad (débito conyugal y no mantener relaciones sexuales con terceros), contenido sólo negativo pero en todos los ámbitos, y contenido sólo negativo y restringido a la sexualidad. Comparto la opinión de que el contenido de los deberes es negativo y extendido a todos los ámbitos, aunque en cuanto a la consecuencia jurídica de la responsabilidad civil no todo incumplimiento será indemnizable, por el requisito especial de que el incumplimiento sea o grave o reiterado entre cónyuges. Este requisito es analizado en el apartado 2.2.b) sobre la imputación subjetiva.

²⁵MARÍN LÓPEZ, M.J. “De los derechos y deberes de los cónyuges” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, págs. 207-211. Sobre el contenido negativo, el autor explica que el contenido comprende la abstención de relaciones sexuales con terceros.

²⁶ Autores como DE VERDA Y BEAMONTE, interpretan que “la infracción del deber de fidelidad, en sí misma, en cuanto a lesión del recíproco derecho de los cónyuges a la exclusividad sexual del otro, puede dar lugar a daño moral resarcible...”. V. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., págs. 103 y ss.

1.2. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de fidelidad

En cuanto a las consecuencias jurídico-penales, hasta 1978, la no exclusividad sexual²⁷(incumplimiento del contenido negativo estricto del deber) estaba tipificada como delito y el Código Penal regulaba preceptos que mostraban una clara diferenciación entre cónyuges. El adulterio era el delito tipificado para la infidelidad cometida por la mujer, mientras que el amancebamiento era el delito contemplado para la infidelidad del marido.

En el adulterio bastaba con una relación esporádica para que se diera el hecho típico, mientras que en el amancebamiento se requería de una relación extramatrimonial continuada. Aquí se refleja uno de los muchos casos en los que la igualdad jurídica se veía claramente vulnerada. La reforma del CP²⁸ no unificó el delito para hombre y mujer, sino que ambos delitos se despenalizaron.

LUZÓN PEÑA²⁹, explica que uno de los principios del Derecho penal es el principio de intervención mínima. Este concepto de “intervención mínima”, significa que el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso al que acudir a falta de otros medios menos lesivos, “pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar éstos.”

Sin embargo, que el incumplimiento del deber de fidelidad no conlleve consecuencias penales, no excluye la posibilidad de consecuencias jurídico-civiles. Si mantener relaciones sexuales con terceros estaba tipificado en el CP como la conducta más grave de infidelidad, no deja de ser el incumplimiento más grave también para el Derecho civil.

Antes de la reforma del CC sobre la separación y el divorcio mediante la Ley 15/2005, la consecuencia más relevante del incumplimiento del deber de fidelidad era ser causa de separación o divorcio. Se ha dado progresivamente una evolución hacia la

²⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “La infidelidad conyugal y el resarcimiento de los daños causados por ella”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885/2014, Pamplona, 2014, págs. 1-2, sobre la despenalización del adulterio y del amancebamiento.

²⁸ Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, que deroga los arts. 449 a 452 y último párrafo del art. 443 del Código Penal.

²⁹ LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 25.

igualdad y reciprocidad en el cumplimiento de los deberes conyugales³⁰. La Ley 15/2005 ha dejado sin contenido los arts. 82 y 87 del CC, y ya no es necesario alegar causas para la separación o el divorcio entre cónyuges³¹, siendo suficiente con la voluntad unilateral de uno de ellos para la ruptura de la unión matrimonial. Antes de dicha reforma, ya se veía la necesidad de que la simple voluntad de romper el matrimonio se tuviera en cuenta como causa de divorcio por la pérdida de *affectio maritalis*³².

Tras la desaparición de las consecuencias jurídicas más relevantes (tipificación penal del adulterio y el amancebamiento e infidelidad como causa de separación o divorcio), las consecuencias específicas por el incumplimiento del deber de fidelidad son la desheredación (art. 855.1 CC) y la cesación de la obligación de alimentos (art. 152.4 CC)³³,

2. La responsabilidad civil por el incumplimiento del deber de fidelidad

La ausencia de normativa específica en el CC nos lleva a la posibilidad de aplicar la regla general del artículo 1902 del CC, aunque la mayoría de la doctrina no entiende que sea aplicable en su sentido literal el artículo de responsabilidad civil extracontractual, por la especialidad que conllevan los daños entre familiares. Por otro lado, también hay que analizar la posibilidad de la vía contractual por incumplimiento de obligaciones legales.

Para que exista responsabilidad civil tiene que existir un interés jurídico protegido que haya sido vulnerado. El deber de fidelidad queda recogido dentro de los deberes conyugales regulados por el CC, por lo que si se incumple esta obligación legal y se causa un daño, cabe pensar que se pueden dar consecuencias jurídicas como la responsabilidad civil para el resarcimiento de los daños.

³⁰ Regulado por el art. 66 del CC español: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”.

³¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 767 y ss.

³² En este sentido, V. ARCOS VIEIRA, M.L.: “La desaparición de la *affectio maritalis* como causa de separación y divorcio” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.8, 2000, págs. 71 y ss.

³³ Art.855. del CC:” Serán justas causas para desheredar al cónyuge...”^{1a} Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales”. Art.152.4 del CC: “Cesará también la obligación de alimentos: 4º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”.

En la mayoría de los casos de incumplimiento de deberes conyugales, el daño es un daño moral, no evaluable económicamente. Este daño debe ir más allá del dolor que se pueda sufrir por la separación o el divorcio³⁴. Aunque los cónyuges se separen tras la infidelidad, los daños no se deben conectar con la separación o el divorcio (la voluntad de romper la relación con el cónyuge prevalece tras la ley 15/2005), porque derivan del incumplimiento del deber de fidelidad durante el matrimonio.

Algunos autores como MARTÍN-CASALS Y RIBOT o LÓPEZ DE LA CRUZ³⁵, entienden que sólo se resarcan daños derivados de la infidelidad cuando la lesión afecta a derechos de la persona ajenos al vínculo matrimonial, alegando que el daño será relevante jurídicamente cuando se vulneren derechos fundamentales, valorados independientemente del deber de fidelidad.

Antes de comenzar con el análisis en profundidad de los requisitos para que se indemnice la infidelidad entre cónyuges, es relevante estudiar si existe la posibilidad de indemnizaciones de este tipo entre convivientes de hecho desde la perspectiva del Derecho Civil Navarro. Las parejas estables quedan reguladas por la ley foral 6/2000, aunque parte de los artículos fueron declarados inconstitucionales por la equiparación entre el régimen de parejas estables y el régimen matrimonial. La ley foral vulneraba en algunos artículos el desarrollo de la libre personalidad del art.10 CE³⁶.

Sobre la SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675)³⁷, MARTÍN-CASALS Y RIBOT³⁸, interpretan que la SAP diferencia el trato jurídico entre el matrimonio y la pareja de hecho. La Sentencia afirma que “cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus intereses”. Y que, en este sentido, “quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño”.

³⁴ MARTÍN-CASALS, M. Y RIBOT J. “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011, págs. 544-545.

³⁵ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit. págs.40. y ss. También, MARTÍN-CASALS, M. Y RIBOT J. Ob. Cit., págs. 503-561.

³⁶ STC, Pleno, núm. 93/2013, 23/04/2013. (RTC 2013\93).

³⁷ En la misma línea, SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955): “Llegados a este punto no podemos sino constatar la siguiente paradoja: no existe sanción específica en nuestro Ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, pero si como consecuencia de la infidelidad resulta un embarazo, la sanción civil viene por el hecho de no manifestarla tras comprobar por métodos científicos cuál fuera la verdadera paternidad.”

³⁸ MARTÍN-CASALS, M. Y RIBOT J. Ob. cit. págs. 503-561.

Para las parejas estables los deberes conyugales no son obligaciones legales y en principio no tienen obligación de guardarse fidelidad, aunque exista una obligación moral de respeto, fidelidad y ayuda mutua. En este modelo de convivencia, rige la autonomía de la voluntad de las partes³⁹. Estas obligaciones para las parejas de hecho son de contenido moral y pertenecen al terreno de lo extrajurídico⁴⁰, por lo que no es posible interponer la acción de responsabilidad civil por incumplir el deber de fidelidad.

2.1. Existencia o no de responsabilidad civil en casos de infidelidad

La responsabilidad civil es única, aunque se regule en el CC y en el CP, por lo que si no hay duda de que la responsabilidad civil *ex delicto* entre familiares existe⁴¹, tampoco debiera haber ninguna duda de que la responsabilidad civil entre cónyuges, aunque no fuera derivada de delito, tendría eficacia si se cumple con los requisitos necesarios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina⁴² niega que la responsabilidad civil pueda ser una consecuencia jurídica por incumplir el deber de fidelidad.

Esta parte de la doctrina⁴³ entiende que no existe derecho a indemnización, entre otros motivos, por ser un deber incoercible⁴⁴. Otro argumento utilizado es que el deber de

³⁹ ROMERO COLOMA, A.M. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares...*, Cit., pág. 124: respecto a las parejas estables, “es inviable exigir indemnización por ruptura”.

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ETXEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, 4ªEd, Dykinson, 2010, pág. 287-288.

⁴¹ SAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, núm. 4/2016, 12/02/2016. (JUR 2016\36014). En FJ 9º: “En el presente caso, la gravedad de los hechos cometidos por el acusado, sobre una menor de seis años, es patente. Aun cuando no conste que la menor se encuentre recibiendo tratamiento psicológico debe tenerse en cuenta de los hechos fueron traumáticos, lo que revela que la niña ha sufrido unos evidentes daños morales que han de ser indemnizados, estimando el tribunal que la suma acordada es proporcionada a las circunstancias del caso”.

⁴² MURILLAS ESCUDERO, J.M. “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, en *REDUR*, núm. 13, 2015, págs. 111-127.

⁴³ FARNÓS AMOROS, E. “El precio de ocultar la paternidad” Cit., pág. 4.

En la misma línea, MARTÍN-CASALS, M. Y RIBOT J. Ob. cit., págs. 541-543: establecen que es necesario “sopesar los intereses con los que este interés entra en conflicto ponderando, por un lado, el derecho del demandante a gozar de la máxima protección posible y, por otro, el derecho del agente a gozar de la mayor libertad posible.” V. 2:102 (PETL). Señala que deben tenerse en cuenta los intereses del agente. En estos casos significaría “que lo que no puede conseguirse directamente puede asegurarse mediante la amenaza de la responsabilidad civil.”

En el mismo sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial” en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2010, Pamplona, 2011, pág. 3.

⁴⁴ V. SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675. F.J 2º: “Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como

fidelidad es una obligación moral y no jurídica, que no es susceptible de general responsabilidad civil⁴⁵. La jurisprudencia española⁴⁶, hasta ahora, no hace distinción y considera que la infracción de deberes conyugales no conlleva indemnización alguna, entendiendo que son daños extrajurídicos tan sólo reprochables moralmente, no siendo incumplimiento del deber de fidelidad causa adecuada para producir un daño resarcible⁴⁷. En la STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, (RJ 1999\5726), no se estima una reclamación de daños ex art. 1101 del CC por entender que la naturaleza de los deberes conyugales es tan sólo moral. Este argumento ha sido criticado por la doctrina⁴⁸, puesto que los deberes conyugales son jurídicos desde el mismo momento en que el CC los regula.

Afirma el TS en la sentencia citada anteriormente, que “(...) si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación”. El TS interpreta que el silencio de la normativa en estos casos debe conllevar la negación de la indemnización de daños.

La eliminación de las causas para la separación o divorcio es otro de los motivos por los que se excluye la responsabilidad civil, alegando que desde la desaparición de las causas los deberes pierden su juridicidad. Sin embargo, su incumplimiento sigue produciendo consecuencias jurídicas como la cesación de alimentos entre cónyuges o la

deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad”.

⁴⁵ STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999\5726. Sobre esta Sentencia, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit. págs. 103 y ss.: “A nuestro parecer, la tesis sustentada por la STS 30 julio 1999 (RJ 1999, 5726) es errónea, porque la obligación del deber de fidelidad, que tiene evidente conexión con la de respeto mutuo, es un auténtico deber jurídico”.

V. STS, Sala Primera, núm. 140/2001, 4/06/2001, (RTC 2001\140.), que desestima el recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva y ratifica lo dicho por la STS 30/07/1999.

⁴⁶ SAP Segovia, Sección Única, núm. 186/2003, 30/09/2003, (JUR 2003\244422): “los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido.”

⁴⁷ SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, (AC 2004\1994). En FJ 7º: “La primera de ellas, la infidelidad conyugal, respecto de la que compartimos plenamente los razonamientos de la sentencia de instancia, y acogemos la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 (RJ 1999, 5721) y 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726), en las que se especifica que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación es la de ruptura del vínculo conyugal”.

⁴⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L, Ob. cit. págs.1-2.

desheredación. La proliferación de demandas tampoco es suficiente para excluir la responsabilidad civil en estos casos, porque lo importante es que los dañados queden indemnes, no que se presenten menos demandas.

Tras el análisis de los argumentos no hay motivos de peso suficientes para negar la indemnización por incumplimiento del deber de fidelidad. La infracción del deber legal de fidelidad es un acto ilícito y no hay razón para la exclusión de la responsabilidad civil. La ley 15/2005 hace especial hincapié en que el matrimonio es un instrumento para el desarrollo de la personalidad, por lo que la paz y armonía familiar no pueden prevalecer frente a la vulneración de derechos de los miembros de la familia. Si la normativa se adapta a las transformaciones sociales, no tiene sentido la negación de la responsabilidad civil en la actualidad⁴⁹.

Entre los autores que interpretan que el incumplimiento del deber de fidelidad es indemnizable, existen diferentes posturas. La tesis restrictiva establece que si el daño por incumplimiento del deber de fidelidad lesiona un derecho fundamental⁵⁰, será indemnizable. Por otro lado, la tesis permisiva amplía la posibilidad de responsabilidad civil a daños que derivan del incumplimiento del deber de fidelidad que de por sí tienen que ser resarcidos⁵¹.

Con base en la primera tesis, los daños causados por infidelidad que no se conecten con lesiones a derechos fundamentales no merecen tutela jurídica en cuanto a responsabilidad civil se refiere⁵². En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN⁵³ afirma que es necesario un comportamiento o grave o reiterado que rompa la relación familiar y que vulnere derechos fundamentales del familiar dañado.

Autores como ALGARRA PRATS⁵⁴, explican cómo en Italia, Alemania o Francia se aplica la responsabilidad civil a daños entre familiares (art. 1383 CC francés o art. 2043

⁴⁹ SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, JUR 2014\203955.

⁵⁰ V. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Resarcimiento del daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge" en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs.161 y ss.

⁵¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Responsabilidad civil por el incumplimiento de..." Cit. págs. 103 y ss.

⁵² V. ALGARRA PRATS, E. Ob. cit. págs. 11 y ss.

⁵³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M "De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)" en *Diario La Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina, 2011, pág. 17.

⁵⁴ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit. pág. 17. Además, LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit. págs.40. y ss.: "En la jurisprudencia, es destacada por los autores la sentencia de la Corte de Casación de 9 de noviembre de 1965,

CC italiano, equiparables al art. 1902). Hasta ahora, en España tan sólo se estiman daños que derivan de la ocultación de la verdadera paternidad⁵⁵ y no de la infidelidad en sí misma.

La jurisprudencia italiana⁵⁶ apoya la tesis restrictiva, y entiende que el incumplimiento es grave siempre que se conecte con la vulneración de un derecho fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia francesa⁵⁷, va más allá y entiende que el incumplimiento de los deberes conyugales en sí mismos también debe ser resarcido en determinados supuestos⁵⁸.

Este trabajo se identifica con los autores que defienden la tesis permisiva, porque no cualquier incumplimiento del deber de fidelidad debe indemnizarse, pero sí algunos daños como los derivados de una relación sexual con tercero ajeno al matrimonio, porque es el más grave de los incumplimientos posibles del deber de fidelidad y cumple con los requisitos para que se aplique la responsabilidad civil entre cónyuges.

En este sentido, la SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675.), considera que la infidelidad en sí misma podría ser susceptible de ser indemnizada. La AP afirma que “quizás debamos replantearnos las cosas desde el análisis de la propia institución matrimonial, esto es, desde la perspectiva de la importancia y trascendencia que para los contrayentes deba tener su consentimiento al cumplimiento de los deberes a los que se comprometen.”

La SAP interpreta que los deberes son peculiares por su contenido moral, pero siguen siendo jurídicos. Así mismo, afirma que no se puede exigir su cumplimiento forzoso, pero eso “no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad”. La AP entiende que no se vulnera la libertad de los cónyuges de divorciarse por la posible existencia de responsabilidad civil, y que “se trata de dar

en la que, aplicándose los principios del Derecho de daños, se concede una indemnización a la esposa por los perjuicios sufridos como consecuencia de la negativa de su marido a admitirla en el domicilio conyugal.”

⁵⁵ V. SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675.

⁵⁶ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit., págs. 11 y ss.: “En Italia, la violación de un deber conyugal puede determinar un daño resarcible, aparte de los remedios propios del derecho de familia, cuando el mismo derive de la lesión de intereses fundamentales de la persona merecedores de tutela, como la salud, el honor o la integridad moral”.

⁵⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit., págs.56. y ss.: “En la jurisprudencia, es destacada por los autores la sentencia de la Corte de Casación de 9 de noviembre de 1965, en la que, aplicándose los principios del Derecho de daños, se concede una indemnización a la esposa por los perjuicios sufridos como consecuencia de la negativa de su marido a admitirla en el domicilio conyugal.”

⁵⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., págs. 103 y ss.

contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno.”

2.2. Vía contractual o extracontractual para reclamar la responsabilidad civil por incumplimiento del deber de fidelidad

Una de las dudas doctrinales que suscita la responsabilidad civil derivada del incumplimiento del deber de fidelidad es si la responsabilidad es contractual o extracontractual. El art. 1101 CC⁵⁹ suscita diferentes interpretaciones doctrinales. La interpretación literal aplica el precepto a obligaciones legales y no sólo a contractuales, mientras que la interpretación sistemática entiende que la responsabilidad contractual sólo se da en incumplimientos contractuales⁶⁰. Si se opta por la interpretación literal, el deber de fidelidad es una obligación legal, por lo que la vía contractual sería posible. Más dudas se plantean desde la interpretación sistemática, puesto que no existe unanimidad doctrinal sobre la naturaleza contractual del matrimonio.

La doctrina mayoritaria afirma que el matrimonio es un contrato⁶¹, aunque por ello, no deja de ser una institución regulada por la ley, que determina los derechos y obligaciones derivados de la misma. CABALLERO GEA⁶², entiende que la obligación de fidelidad es contractual y tiene su origen en el contrato de matrimonio. En los supuestos en los que la responsabilidad civil excede de la rigurosa órbita de lo pactado, en la práctica, se aceptan por los tribunales tanto la reparación por la vía contractual como extracontractual, teniendo que optar los demandantes por una en concreto⁶³, para no causar indefensión en la parte demandada.

⁵⁹ Art. 1101 del CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

⁶⁰ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, en Anuario jurídico y económico ecurialense, núm. 46, 2013, págs. 203-221.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ETXEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., Ob. cit. pág. 41, sobre la naturaleza del matrimonio: “Las últimas reformas acrecientan la orientación contractual de la institución (...)”.

⁶² CABALLERO GEA, J.A. Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de género, pensión impagada, Dykinson, Madrid, 2005, págs.77-78.

⁶³ REGLERO CAMPOS, L.F. “Conceptos generales y elementos de delimitación” en REGLERO CAMPOS, L.F. *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, pág. 181, sobre el derecho de opción.

Estos problemas se podrían resolver mediante la unificación de la responsabilidad civil planteada por la doctrina mayoritaria⁶⁴. Estos autores afirman que es conveniente dejar a un lado las diferencias entre lo extracontractual y lo contractual porque ambas vías conducen al mismo objetivo, el resarcimiento del daño.

De cualquier modo, de momento no hay unificación de los daños contractuales y extracontractuales, y continúan las diferencias que derivan de la aplicación de una u otra vía⁶⁵. La más importante de ellas es el plazo de prescripción. Mientras que en la responsabilidad contractual el plazo es de 5 años, en la contractual el plazo es de 1 año⁶⁶. El deber de fidelidad es una obligación legal, por lo que los daños derivados de incumplimiento del deber de fidelidad, en principio, serían indemnizables por vía contractual⁶⁷ (art. 1101 CC).

Sin embargo, la Sentencia 30 Julio 1999⁶⁸, niega que por la vía contractual se puedan reclamar daños por incumplimiento de deberes conyugales⁶⁹. El TS interpretó que no cabía la estimación del daño moral ex art. 1101 CC por incumplimiento del deber de fidelidad, con argumentos que pueden ser rebatidos y en un contexto social que ha cambiado mucho⁷⁰.

El art. 1902 CC sería aplicable siempre que se ejercite el derecho de opción de la vía extracontractual claramente por parte del demandante, ya que, en cualquier caso, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento del deber de fidelidad excede de la órbita de lo pactado. REGLERO CAMPOS⁷¹ explica que sería conveniente que el

⁶⁴REGLERO CAMPOS, L.F.: Conceptos generales y...” Cit., págs. 159-180.

⁶⁵LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit., págs.40 y ss.

⁶⁶ Art. 1964 CC “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

Art. 1968 CC “Prescriben por el transcurso de un año: 1º La acción para recobrar o retener la posesión. 2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado”.

⁶⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. Ob. cit. Págs. 1-2. Defiende la indemnizabilidad del incumplimiento del deber de fidelidad como responsabilidad contractual.

⁶⁸ STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, (RJ 1999\5726.)

⁶⁹ En esta misma línea, MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit. pág. 6: se me hace difícil entender las razones que le llevaron al demandante a conferir a la obligación de fidelidad carácter contractual (...), cuando sabemos que el matrimonio (...) es un negocio jurídico de Derecho de familia y el art. 1.101 se refiere a obligaciones contractuales.

⁷⁰ STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015, 24/04/2015, RJ 2015\1915.

⁷¹ REGLERO CAMPOS, L.F. “Conceptos generales y...”, cit. Pág. 167.

régimen de responsabilidad civil fuera único en determinados ámbitos de los que se deriven daños morales.

En cuanto a los posibles demandados, si aplicásemos el art.1101 del CC la acción sólo podría prosperar frente al cónyuge, la demanda interpuesta frente al tercero con el que un cónyuge es infiel no prosperaría, puesto que el tercero no incumple la obligación de fidelidad. La aplicación del art. 1902 abriría la posibilidad de demandas frente al tercero de forma solidaria si conoce que la persona con la que mantiene relaciones sexuales está casada porque en cierta manera también sería responsable y el 1902 se basa en el *naeminem laedere*. De todas formas, lo lógico es que la demanda se dirija contra el que ha incumplido ese deber.

La legitimación pasiva no se configura de la misma manera en los casos de ocultación de paternidad, puesto que si la ocultación se lleva a cabo por ambos, es posible reclamar al tercero (verdadero padre biológico) de forma solidaria la indemnización, así como reclamarle los alimentos que debían haber sido pagados por el padre biológico, como se especifica en el apartado III del trabajo.

Como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia mayor y menor, en su mayoría, afirma que la infidelidad conyugal no es indemnizable⁷². En este trabajo, sin embargo, se defiende la postura que aboga por que los daños derivados de infidelidad sean indemnizables en los supuestos o de gravedad o de reiteración⁷³.

a. Daño y nexo causal

El primer requisito para la aplicación del 1902 CC es la existencia de un daño a un cónyuge causado por el otro cónyuge que incumple el deber (en supuestos de infidelidades suele ser un daño moral⁷⁴). Este daño se debe probar y no se indemniza de forma

⁷² SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 466/2007, 5/09/2007, JUR 2007\340366. “Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge”.

STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999\5726.

⁷³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Resarcimiento del daño moral por intromisión ilegítima...” Cit. págs.161 y ss.

⁷⁴ Sobre el daño moral, V. GOMEZ POMAR, F. “Daño moral” en InDret, núm. 1, 2000, págs. 1-14. Además, ROMERO COLOMA, A.M. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares...*” Cit. pág. 47: “Para que la reparación del daño moral sea procedente, se exige que el dolor experimentado sea intenso, real, y profundo, debiendo ser rechazados los casos superficiales.”

automática⁷⁵. Daños como el desamor, la traición, la decepción, son sentimientos que no pueden conllevar una responsabilidad civil, por pertenecer al terreno de lo extrajurídico. Este daño tiene que ser distinto del dolor ordinario que se sufre en una separación, porque en ese caso se estaría yendo contra la ley 15/2005 (prevalece la libertad de divorciarse), y sancionando al cónyuge que se separa⁷⁶.

La dificultad del daño moral reside en la prueba de la existencia de daño y su valoración⁷⁷. Según ROMERO COLOMA⁷⁸, “para que el órgano judicial pueda condenar a la reparación del daño moral, es requisito ineludible que el actor demuestre su existencia”. En la actualidad, no se cuestiona que el daño moral es indemnizable,⁷⁹ y la posible indemnización por daño moral en supuestos de incumplimiento del deber de fidelidad no es una excepción.

En la SAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, núm. 4/2016, 12/02/2016, (JUR 2016\36014), se condena a un abuelo por abusos a su nieta, y se le condena a una responsabilidad civil *ex delicto* por daños morales. En este caso, la relación de afectividad se valora como agravante. Afirma que los daños morales “no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos.” Continúa diciendo que “aun cuando no conste que la menor se encuentre recibiendo tratamiento psicológico debe tenerse en cuenta de los hechos fueron traumáticos, lo que revela que la niña ha sufrido unos evidentes daños morales”.

En cuanto al nexo causal o causa material, en la responsabilidad civil entre cónyuges, tiene que haber una relación causal entre la acción que conlleva la infidelidad y el daño moral que se reclame, siendo el daño moral consecuencia directa de la infidelidad, siguiendo la teoría de la condición *sine qua non*: si eliminando la conducta infiel de la cadena de causas posibles para causar el daño moral, el daño moral no se hubiera

⁷⁵ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, Thomson-Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, págs. 301 y ss.

⁷⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit. págs. 119: “el primero de los requisitos es la existencia de un daño resarcible, el cual no puede ser identificado con el que estrictamente derive del divorcio”.

⁷⁷ V. STS, Sala de lo Civil, núm. 1163/2003, 9/12/2003, (RJ 2003\8643). “lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”.

⁷⁸ ROMERO COLOMA, A.M. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares...*, Cit., pág. 47.

⁷⁹ STS, Sala de lo Civil, núm. 1163/2003, 9/12/2003, (RJ 2003\8643).

producido, el nexo causal se cumple. Se tiene que probar que se ha incumplido el deber de fidelidad, y que a consecuencia de dicho incumplimiento, se ha producido un daño, que en la mayoría de los casos es moral, afectando a la esfera psíquica del cónyuge dañado.

Tiene que existir certeza de la causa material, de que el incumplimiento del deber de fidelidad es lo que ha causado el daño. En este caso, el nexo causal se prueba fácilmente con informes periciales aportados y ratificados en juicio oral, de un profesional psiquiatra o psicólogo, que acredite que realmente existe un daño moral que tiene origen en la infidelidad. Por tanto, la prueba del nexo causal entre la conducta infiel y el daño moral no plantea demasiados problemas en supuestos de daños derivados de infidelidad.

Puede haber dificultades en la prueba de la acción que produce el daño, por el carácter secreto o clandestino por el que normalmente se caracteriza la infidelidad. Son incumplimientos que se suelen cometer en la intimidad. La prueba se facilita si trasciende a terceros, que ven u oyen declaraciones amorosas que prueben la infidelidad. Sin embargo, las pruebas se deben obtener lícitamente⁸⁰ y no se pueden vulnerar derechos fundamentales como el de intimidad del otro cónyuge con la finalidad de obtener pruebas de su infidelidad⁸¹, porque se cometería un delito, que también puede llevar aparejada una responsabilidad civil⁸².

b. Imputación objetiva y subjetiva

Tras la comprobación del nexo de causalidad, se analiza si la acción dañosa es imputable jurídicamente al cónyuge dañante. La imputación objetiva se refiere al juicio sobre adecuación o eficiencia de la causa material, existiendo un daño lógico y natural derivado de esta causa. El resultado lesivo debe ser imputable jurídicamente a la acción

⁸⁰ Artículo 287 LEC: “1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.”

⁸¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Resarcimiento del daño moral por intromisión ilegítima...” Cit. págs.161 y ss.

⁸² En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2006, (RJ 2006/835) trata de la existencia de prueba ilícita por incorporación al proceso del diario íntimo de parte litigante, sin su consentimiento ni autorización judicial. Afecta gravemente a la intimidad por hacerse públicos los diarios al ser conocido por terceros.

dañosa⁸³. En caso de daños derivados de la ruptura matrimonial, queda claro que no se cumple el requisito de la imputación objetiva, ya que es un daño que debe ser soportado jurídicamente, puesto que la ley regula el divorcio como voluntario, sin tener que justificarlo en ninguna causa. En cambio, en el caso de mantenimiento de relaciones sexuales con terceros (infidelidad grave), la infidelidad puede ser causa adecuada para producir un daño moral.

En cuanto a la imputación subjetiva⁸⁴, la jurisprudencia española, en su mayoría, tiende a elevar el nivel de culpa exigible entre familiares. En el sistema actual, la limitación de la culpa no tiene justificación. Se tiende a esta restricción de la imputación subjetiva, por la especialidad del Derecho de familia, y por analogía con el ordenamiento jurídico alemán, que no tiene nada que ver con el nuestro, puesto que se da una tipificación de daños entre familiares.

Existen ciertas normas, como el artículo 168 del CC, en la que se regula la necesidad de dolo o culpa grave para la existencia de daños. Así es en el supuesto de pérdida o deterioro de los bienes administrados por los padres a los hijos. Pero de la existencia de este artículo no puede hacerse una interpretación extensiva a todos los daños en el Derecho de familia, puesto que sólo regula una situación específica

En el sistema alemán existen normas que limitan la responsabilidad familiar a dolo o culpa grave⁸⁵. En el Derecho español, este sistema no puede resultar aplicable porque la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad es atípica, y la literalidad del art. 1902 del CC establece que para la imputación subjetiva basta con culpa, en sentido amplio, pudiendo ser resarcibles incluso daños entre familiares causados por negligencia.

La primera sentencia que restringió la imputación subjetiva al dolo fue la STS 22 de Julio 1999⁸⁶. Autores como RODRÍGUEZ GUITIÁN⁸⁷ interpretan del mismo modo que

⁸³ REGLERO CAMPOS, F.L. “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L.F. *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, págs.786-787.

⁸⁴ BARCELÓ DOMÉNECH, J. “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en Moreno Martínez, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs. 79-128.

⁸⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., pág. 121: “Para defender la exigencia de un criterio de culpabilidad reforzada en el ámbito de las relaciones familiares se invoca también la jurisprudencia alemana”.

⁸⁶ STS, Sala de lo Civil, núm. 687/1999, 22/07/1999, RJ 1999\5721.

debe concurrir dolo en la conducta del cónyuge que produce el resultado dañoso. En los supuestos de infidelidad, se cumple con los requisitos de previsibilidad y evitabilidad. Es previsible que incumplir el deber de fidelidad pueda causar un daño al cónyuge y es perfectamente evitable, existe plena libertad para el divorcio, que se debe ejercitar antes de mantener una relación con tercero. El daño moral en estos casos es previsto y no evitado, y no debiera ser necesario que exista intencionalidad en dañar al cónyuge.

En cuanto al nivel de diligencia exigible, es reseñable el artículo 4:102 de PETL: “Required standard of conduct (1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods”.

Este artículo incluido en los Principios Europeos en Derecho de daños, aporta criterios para valorar la diligencia exigible. Uno de ellos es la relación de proximidad o especial confianza entre los implicados, como sucede en los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad, en los que existe una relación de especial confianza entre cónyuges. Según SAINZ CANTERO Y PÉREZ VALLEJO⁸⁸, el TS interpreta, en general, la relación de proximidad entre las personas implicadas en la dirección de disminuir la diligencia exigible.

Si no hay una regulación específica de estos supuestos, y se tiene que aplicar la regla general del art. 1902 CC, la culpa debe ser entendida en sentido amplio. Otra cosa es que se entienda doctrinalmente que el incumplimiento del deber de fidelidad deba ser o grave o reiterado, para la existencia de indemnización en los supuestos más graves de incumplimiento, sin que esto conlleve al requisito de dolo como requisito necesario, bastando con que la conducta sea culposa.

Muchos autores, como DE VERDA Y BEAMONTE, apuntan a la necesidad de una conducta o grave o reiterada, requiriendo un incumplimiento cualificado de los deberes

⁸⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 129 y ss.

⁸⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B. Y PÉREZ VALLEJO, A.M. *Valoración y reparación de daños entre familiares, fundamentos para su reclamación*, Comares, Granada, 2012. Así como BARCELÓ DOMÉNECH, J. Ob. cit. pág. 113.

conyugales, por la aplicación analógica de los criterios de gravedad y reiteración que fija el legislador para que se den las consecuencias jurídicas legales de cesación de alimentos o desheredación. Pero no se ofrecen criterios que concreten esa gravedad o reiteración.

ALGARRA PRATS⁸⁹ afirma que “parece que no bastaría con un solo incumplimiento si no es grave, pero sí bastarían varios incumplimientos no graves por existir reiteración.” La doctrina no cuantifica y cualifica estos conceptos. Además critica este requisito por ser un “criterio inseguro, de fórmula muy abierta e imprecisa y no concretado.”

Autores como DE VERDA Y BEAMONTE⁹⁰, consideran que un solo incumplimiento del deber de fidelidad es en sí mismo grave en algunos casos. Este trabajo comparte esta opinión, puesto que el mantenimiento de una relación sexual con tercero, aun no existiendo un hijo derivado de ella, ya es una transgresión grave con posible indemnización si se causa un daño moral. Puesto que si el divorcio es voluntario, una persona infiel causa un daño previsible que se podía haber evitado, simplemente mediante el divorcio antes de mantener relaciones con otra persona.

La jurisprudencia avanza en una línea tendente a la aplicación del art. 1902 CC en la responsabilidad civil entre cónyuges, interpretando la imputación subjetiva como culpa en sentido amplio. Sin embargo, el mero incumplimiento del deber de infidelidad sigue sin indemnizarse, puesto que los supuestos que llegan a los tribunales son de daños derivados de la ocultación de la paternidad.

III. DAÑOS DERIVADOS DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Las personas responsables civilmente por ocultación de la paternidad o *paternity fraud*⁹¹ suelen ser cónyuges que incumplen previamente el deber de fidelidad. El hijo es extramatrimonial (nace fuera del matrimonio), pero se atribuye la filiación paterna al marido por la presunción de paternidad unida a la filiación de hijos que nacen constante matrimonio. Sin embargo, no hay un análisis acerca de la posible indemnización al padre biológico al que le ocultan la paternidad, posiblemente porque no se han interpuesto

⁸⁹ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit. págs. 52 y ss.

⁹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit. págs. 103 y ss.

⁹¹ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” en Derecho privado y Constitución, núm. 25, 2011, pág.10.

demandas en este sentido. En estos casos, no se daría una ruptura u obstrucción de la relación paterno-filial, ni siquiera se tendría la posibilidad de comenzar esa relación, porque ha perdido la oportunidad de relacionarse con su hijo.

Por otro lado, surge la duda de qué ocurre en ocultaciones de paternidad entre parejas estables⁹². No existe igualdad entre realidad matrimonial y extramatrimonial, se respeta la voluntad de no casarse⁹³. Por ello, no tiene sentido la existencia de indemnizaciones por ruptura de la relación entre convivientes. Solo puede haber consecuencias jurídicas si así se ha pactado entre los convivientes⁹⁴.

El TC afirma que el régimen matrimonial no es equiparable a las parejas estables⁹⁵. El artículo 5.1 de la ley foral 6/2000 sobre parejas de hecho refleja la autonomía de la voluntad que ostentan los convivientes para articular su relación⁹⁶. En el caso de que dañante y dañado sean pareja de hecho, no existe la obligación legal de fidelidad, y sin embargo, el daño derivado de la ocultación es indemnizable independientemente del incumplimiento del deber de fidelidad.

Según FARNÓS AMORÓS⁹⁷, la mayoría de demandas por ocultación de la paternidad son iniciadas por ex maridos, y afirma que si la ocultación afecta al conviviente de hecho que reconoce al hijo habido durante la unión en la creencia de que es suyo, debe ser de igual forma indemnizable. La dificultad es la prueba de que el reconocimiento se hace con desconocimiento de que no es su hijo (no se debe dar un reconocimiento de complacencia). En estos casos no opera la presunción de paternidad, pero el hijo puede ser reconocido por

⁹² ROMERO COLOMA, A.M. *La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges...*, Cit. págs. 59-60. En cuanto a la indemnización por ruptura de la relación, explica que será indemnizable si existe un pacto que establezca la indemnización por ruptura unilateral.

⁹³ LIÑÁN GARCÍA, A. "Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico" en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 35, 2015, págs. 1-31: "Nuestra Constitución admite y protege (...) otras formas de relación (extramatrimonial) (...). (...) Insertar estas relaciones estables de pareja bajo la protección constitucional implica también el reconocimiento del derecho a no contraer matrimonio".

⁹⁴ LÓPEZ AZCONA, A. "La ruptura de las parejas de hecho" en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.12, 2002, págs. 11-66.

⁹⁵ STC, Pleno, núm. 93/2013, 23/04/2013, (RTC 2013/93.): "(...) el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes." El artículo 32.2 se refiere en todo caso al matrimonio, las parejas de hecho son una realidad social diferente, no una nueva forma de matrimonio.

⁹⁶ EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A. "Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: STC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013" en *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 2, núm. 5, 2013, págs. 75-115.

⁹⁷ FARNÓS AMORÓS, E. "Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad" Cit., págs. 27-28.

uno de los convivientes, y si posteriormente se descubre que no es su hijo biológico, el daño producido por ocultación de paternidad deberá ser indemnizable⁹⁸.

La STS 22 Julio 1999⁹⁹, es la primera que desestima una demanda de responsabilidad civil extracontractual derivada de ocultación de la paternidad con base en la inexistencia de dolo por parte de la esposa. Hasta el momento, el TS no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto en más ocasiones de responsabilidad civil por ocultación de paternidad. Las Audiencias Provinciales sí que se han pronunciado en gran número de sentencias acerca del posible resarcimiento de estos daños¹⁰⁰. La jurisprudencia no es uniforme en cuanto a los requisitos necesarios para la aplicación del art.1902 del CC en los daños por ocultación de paternidad, entre otros motivos, por la ausencia de sentencias del TS que traten sobre el fondo del asunto en este tipo de supuestos. La obligatoriedad o no de resarcir los daños patrimoniales causados al marido que cumple las obligaciones paterno-filiales del verdadero padre biológico es otra de las cuestiones controvertidas¹⁰¹.

1. Cumplimiento de los requisitos del artículo 1902 del CC

En este apartado se analizan los requisitos para indemnizar los daños por ocultación de paternidad teniendo muy presentes los pronunciamientos de la jurisprudencia menor en esta materia. Según RODRÍGUEZ GUTIÁN¹⁰², los casos de descubrimiento por el marido del carácter extramatrimonial del que hasta entonces creía su hijo sí pueden ser indemnizables, siempre que se den los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad civil. En estos casos se lesiona el derecho a la integridad psíquica del cónyuge que creía ser padre biológico.

⁹⁸ FARNÓS AMORÓS, E.: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit. pág. 13.

⁹⁹ STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999\5726; STS, Sala de lo Civil, núm. (687/1999), 22/07/1999, (RJ 1999\5721.)

¹⁰⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit. pág. 2: “Mientras dos resoluciones del Tribunal Supremo de 1999 denegaron la procedencia de indemnización, varias resoluciones dictadas por Audiencias provinciales han dado luz verde a tales reclamaciones”.

¹⁰¹ MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit. pág. 119.

¹⁰² RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños...” Cit. pág. 7.

Aunque en el presente trabajo se estudian supuestos de responsabilidad civil entre cónyuges, es importante señalar que la demanda podría interponerse solidariamente¹⁰³ frente al padre y madre biológicos, ostentando ambos la legitimación pasiva. En este sentido, la SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, (AC 2004\1994) considera que se deberá satisfacer solidariamente la indemnización entre los verdaderos progenitores, porque “el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual.”

Según ÁLVAREZ OLALLA¹⁰⁴, la ocultación de la paternidad puede generar daños al propio hijo, aunque no se hayan interpuesto todavía demandas en este sentido. Por lo que en cuanto a la legitimación activa, el hijo podría reclamar la responsabilidad civil frente a la madre porque se vulnera su derecho a conocer su origen biológico (39.2 CE) y la ocultación de la paternidad también es una experiencia traumática para un hijo¹⁰⁵.

1.1 Producción de un daño por ocultación de la paternidad

Es necesaria la existencia de un daño, que en la mayoría de los casos es un daño moral. Por supuesto, un suceso dañoso puede provocar además daño patrimonial y es normal que así suceda¹⁰⁶. El daño patrimonial es el que se causa como consecuencia de la aportación dineraria en atención al cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales¹⁰⁷. No se discute sobre la posibilidad de indemnizar el daño moral¹⁰⁸.

Es muy representativa la STS, Sala de lo Civil, núm. 1163/2003, 9/12/2003, (RJ 2003\8643): “Nuestro Código civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de “todos” (...). Si bien su valoración no puede obtenerse de pruebas directas y objetivas, no por ello se ata a los Tribunales y se les

¹⁰³ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit., pág. 55.

¹⁰⁴ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit., pág. 3.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. *Responsabilidad civil en el derecho de familia...*, Ob. cit. pág. 171.

¹⁰⁶ GÓMEZ POMAR, F. Ob. cit. pág. 3.

¹⁰⁷ MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit. págs. 114.

¹⁰⁸ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. “Ocultación de paternidad y daños morales” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, pág. 101. : “Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales”.

imposibilita legalmente para poder fijar su cuantificación, (...) han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”.

Por lo tanto, los daños morales están incluidos dentro de la reparación integral del art. 1107 del CC, y su cuantificación corresponde a los tribunales, valorando las circunstancias de cada caso. No se da una reparación total del daño moral, sino una compensación económica por el dolor sufrido.

Se distingue además entre daños permanentes y daños continuados. Esta diferenciación es muy relevante en la prescripción de la acción (analizada en el apartado 3.2), porque afecta al *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil. La STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 512/2009, 30/6/2009, (RJ 2009\5490) desestima la prescripción de la acción por entender que en la obstrucción de la relación paterno-filial (supuesto diferente a la ocultación de la paternidad) existen daños continuados, que no son consumados hasta que cesa la patria potestad.

En cambio, en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2010, 14/07/2010, (RJ 2010\5152), en un supuesto de ocultación de paternidad, el TS no entra a conocer del fondo del asunto, afirma que los daños son permanentes y estima que la acción ha prescrito. El *dies a quo* queda fijado en la fecha de la sentencia que declara la inexistencia de la relación paterno-filial. Por tanto, el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad no puede ser considerado como un daño continuado.

En lo relativo a la prueba del daño moral, en la SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994, el daño moral existe y deriva de la ocultación de la paternidad. El demandante acredita en este caso lesiones psicológicas, entre otras, un trastorno depresivo ansioso. La carga de la prueba de este daño psíquico o físico recae sobre el demandante¹⁰⁹. En la SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, el daño queda probado con “el contenido de los documentos médicos aportados que acreditan el seguimiento de un tratamiento psiquiátrico por dicho motivo.”

¹⁰⁹RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” cit. Pág. 7.

La SAP Valencia, Sección 10ª, núm. 241/2012, 28/03/2012, (AC 2012\910) establece qué conceptos entran dentro del daño moral. Uno de ellos es “la ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia.” Este es el concepto que encaja en los supuestos de daños por ocultación de la paternidad.

Según BELHADJ BEN GÓMEZ¹¹⁰, el daño es un requisito que se tiene que probar por parte del demandante de forma indubitada. La víctima es la que debe acreditar el daño moral¹¹¹ (dolor, zozobra, ruptura de lazos afectivos, etc.). Sin embargo, la SAP Madrid, Sección 9ª, núm. 222/2014, 9/05/2014, (AC 2014\1397.), en su F.J. 4º afirma que “hechos como los descritos en la demanda implican de por sí un padecimiento moral para quien los sufre”, (...) “de modo que la actuación de la demandada al engañar a su marido consciente y premeditadamente sobre la paternidad de la hija que tuvo en mayo de 2011 ha causado al que era su marido daños morales (...)”. De esta forma, se facilita la prueba del daño moral.

En cuanto a la valoración del daño moral, la SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, considera que el marido sufre un daño moral claro y lo equipara al daño sufrido por la muerte de un hijo¹¹². Esta equiparación puede derivar de la dificultad que existe para la valoración de los daños morales, y parte de un concepto de filiación biológica. Otro criterio que utiliza para su cuantificación es el tiempo transcurrido desde el nacimiento del menor hasta el conocimiento de la verdad biológica. Sin embargo, la entidad del daño sufrido varía en función de las circunstancias de cada caso.

Se tienen en cuenta distintos parámetros como el número de hijos que han resultado ser extramatrimoniales, la duración del engaño en la paternidad y la ruptura o no de la relación paterno-filial¹¹³. Estos parámetros encajan con los establecidos en los PETL para

¹¹⁰ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit. pág. 102.

¹¹¹ FARNÓS AMORÓS, E. “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, en *InDret*, núm. 4, 2007, págs. 1-21.

¹¹² FARNÓS AMORÓS, E.: “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” cit., pág. 41.

¹¹³ SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, JUR 2007\323682. : “En el caso de autos se evidencia, sin género de duda, el daño moral causado al demandante (...) pues durante más de cuatro años, (...) ha vivido con el convencimiento de que Ana era su hija, habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos, y planteado un proyecto de vida familiar que incluía como es natural a la niña, (...) que se han visto mutilados como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido (...). El padecimiento emocional y las consecuencias psicológicas que se derivan

la valoración de daños no patrimoniales. El art. 10:301 establece que “se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño.”

En la SAP Cantabria, Sección 2ª, núm. 71/2015, 3/03/2016, La AP desestima el recurso de apelación, afirmando que la cantidad de 30.000 euros por daños morales derivados de ocultación de paternidad de hija que estableció el juzgado de 1ª instancia era adecuada, sin concretar ningún criterio de valoración¹¹⁴. Esta ausencia de criterios es muy común en las sentencias que estiman daños morales. La valoración debe ser motivada, explicando las razones por las que el juez ha llegado a la conclusión de que se debe de pagar una cantidad determinada.

MURILLAS ESCUDERO¹¹⁵ expone unos criterios objetivos para su valoración: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales, su edad, el tiempo que haya durado la convivencia con ellos, y valorar la posibilidad o no de mantenimiento de la relación afectiva con el que supuestamente era su hijo.

Sobre la valoración del mantenimiento o no de la relación afectiva, cabe interpretar que el sufrimiento tras saber fehacientemente que no se es padre, quizás no conlleve la ruptura de la relación paterno-filial¹¹⁶. En este sentido, LÓPEZ DE LA CRUZ¹¹⁷ afirma que “quizá lo que habría que plantearse es la constitución de un nuevo vínculo jurídico lo que supondría no tener necesariamente que perder el contacto y mantener el derecho a relacionarse con ellos.”

del mismo, han quedado cumplidamente acreditadas con el contenido de los documentos médicos aportados que acreditan el seguimiento de un tratamiento psiquiátrico por dicho motivo.”

¹¹⁴ MARÍN GARCÍA, I. “Sentencia de 30 de junio de 2009” en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pág. 1379.

¹¹⁵ MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit., pág. 124.

¹¹⁶ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 42: “De existir estos lazos y pretender el actor consolidarlos (...) podría solicitar con éxito un régimen de relaciones personales en los términos del art. 160.2. ° CC, pues su posición encajaría con facilidad en lo que el precepto califica de otros parientes o allegados”.

¹¹⁷ LÓPEZ DE LA CRUZ, L. Ob. cit., págs. 29-30.

1.2. Prueba del nexo causal e imputación objetiva

El nexo causal no es un requisito que suscite problemas en los casos de responsabilidad civil derivada de la ocultación de la paternidad. En la SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, (JUR 2007\323682), se argumenta que “no resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial.”

Otro supuesto que demuestra la facilidad probatoria del nexo causal es la SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955.) “Ya se ha contestado con anterioridad respecto al nexo causal el daño moral y/o psicológico existe, nos parece que es algo que está fuera de toda duda, de alguna manera es consustancial a situaciones como la descrita en la generalidad de los casos; de hecho es así contemplado por todas las audiencias que se han pronunciado al respecto.”

En este supuesto, el nexo causal se prueba mediante informe pericial de un psicólogo que diagnostica que el demandante presenta una “síntomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil”, y afirma que la ocultación de la paternidad le ha podido generar “sentimientos de humillación que le han desestabilizado y que se encuentre en un estado en el que no reacciona ni afronta de forma flexible sus nuevas circunstancias”.

En la SAP Cantabria, Sección 2ª, núm. 71/2015, 3/03/2016, la ocultación así como el nexo causal quedan acreditados. La demandada duda de la paternidad verdadera desde la gestación, da testimonio de ello en la declaración testifical, corroborado por el testimonio de su propia hija, a la que sí le comunicó sus dudas. El informe pericial del psiquiatra establece que el demandante padece un trastorno ansioso depresivo desde la ruptura matrimonial, que se agravó desde el conocimiento de que no era el padre biológico de hasta la que entonces era su hija. Sobre el requisito de la imputación objetiva tampoco se plantean problemas, puesto que la causa (ocultación de paternidad) es adecuada para producir un resultado lesivo.

1.3. Imputación subjetiva

El requisito que analiza la conducta del causante del daño es uno de los más discutidos en los daños derivados de la ocultación de la paternidad. Es previsible que el descubrimiento de que se tiene por hijo biológico a quien no lo es, genere un daño, que se podía haber evitado notificando al cónyuge las dudas en cuanto a su paternidad. En el presente trabajo se realiza un análisis de las dos tendencias jurisprudenciales diferenciadas respecto a la imputación subjetiva. Algunas Audiencias Provinciales, siguiendo la STS de 22/07/1999, entienden que es necesaria una conducta dolosa¹¹⁸, mientras que otras abogan por la aplicación general del requisito de imputación subjetiva de culpa.

El TS afirmó en esta sentencia que “Una reparación por el daño causado, (...) puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos (...) debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora.” La STS se ha tomado como base por parte de las Audiencias Provinciales para, con una interpretación *sensu contrario*, estimar casos de ocultaciones de paternidad dolosas.

En la SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994, se entiende que la concepción del hijo no puede ser un caso fortuito, por ser previsible y evitable la producción del daño, al concebir 3 hijos en 4 años. DE VERDA Y BEAMONTE¹¹⁹ afirma que esta sentencia es de gran importancia por ser pionera en la estimación de responsabilidad civil entre cónyuges, pero discrepa en la exigencia en el criterio de imputación subjetiva basado en el dolo.

Lo que se valora es la actuación de la demandada respecto a los actos realizados en cuanto a la paternidad, y no la infidelidad¹²⁰. En este sentido, la SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, (AC 2004\1994), interpreta que sólo serán indemnizables los daños derivados de la ocultación de la paternidad si existe dolo¹²¹ de la demandada. La Sala concluye y resuelve finalmente que los demandados (ambos progenitores) actuaron de

¹¹⁸ PÉREZ MAYOR, A. Ob. cit., pág. 1.

¹¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., pág. 152.

¹²⁰ SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994: Por este motivo, la apreciación de dolo (...) es decisiva, dejando de lado cualquier alusión a una concepción negligente de los hijos, que en ningún caso puede constituir un fundamento indemnizatorio. Así, imaginemos que (...) Adela hubiese decidido confesar la verdad a su marido (...). En este caso, Carlos no hubiera tenido derecho a obtener una indemnización por daños morales.

¹²¹ SAP León, Sección 2ª, núm. 1/2007, 2/01/2007, (JUR 2007\59972). La SAP afirma que lo determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor.

forma dolosa¹²² en su ocultación al demandante. Según RODRÍGUEZ GUITIÁN¹²³, se debe requerir que dicha lesión sea causada con dolo o culpa grave, en aras de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y el Derecho de Daños, así, por ejemplo, en aras de respetar la paz familiar.

La SAP Cantabria, Sección 2ª, núm. 71/2015, 3/03/2016, alega que “la mayoría de resoluciones dictadas (...) siguen exigiendo la presencia de dolo o culpa grave asociado al hecho de ocultar la verdadera paternidad.” La SAP Cantabria también restringe el criterio de imputación al dolo y reitera que “el dolo también se forma por la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”. Sobre la diligencia exigible, explica que le comunica la información a su hija y omite la información al padre e interpreta que una conducta apropiada le obliga a resolver sus dudas en la paternidad del hijo antes de que se le atribuya la paternidad al cónyuge por el juego de la presunción de paternidad matrimonial.

Otras sentencias no exigen necesariamente dolo para indemnizar los daños derivados de la ocultación de la paternidad. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, (JUR 2007\323682), que es la primera sentencia que se aparta de la restricción del criterio de imputación subjetiva, interpreta que la culpa o negligencia a que se refiere el art. 1902 constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa, bastando que la conducta sea culposa o negligente¹²⁴. En la misma línea, SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675.

La citada SAP Barcelona de 16 de Enero de 2007¹²⁵, explica que el TS exige una conducta dolosa para aplicar el artículo 1902 del CC. Sin embargo, la sentencia tiene en cuenta el cambio del contexto social, dando relevancia a los avances de la ciencia en materia de prueba biológica, y la accesibilidad que existe hoy en día para la realización de pruebas biológicas que determinan con certeza la paternidad de una persona para terminar

¹²² SAP Coruña, Sección 3ª, núm. 424/2010, 8/11/2010, (AC 2010\2303). La AP no estima la demanda por entender que la conducta dolosa no se ha probado, y que no es exigible a la madre la realización de pruebas de paternidad aunque existan dudas en cuanto a la paternidad.

¹²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Ob. cit., Pág. 7.

¹²⁴ ALGARRA PRATS, E. Ob. cit., pág. 34.

¹²⁵ Sin embargo, la SAP Granada, Sección 5ª, núm. 1253/2014, 13/06/2014, (AC 2014\1628) , en su F.J.4º establece que “la simple duda de la paternidad por parte de la esposa, no es determinante en todo caso, de responsabilidad (...)” y que es necesario “valorar si la esposa debió sopesar la conveniencia de comunicar la realidad de sus relaciones”.

concluyendo que “la demandada debió adoptar las medidas necesarias para resolver las dudas acerca de la paternidad.” Se califica esa omisión de medidas¹²⁶ como conducta negligente y se estima la indemnización de responsabilidad civil extracontractual.

Algunas sentencias¹²⁷ condenan al demandado a indemnizar el daño no sólo cuando se da un engaño, también cuando se guarda silencio en cuanto a la verdadera paternidad (omisión negligente). Según ÁLVAREZ OLALLA¹²⁸, la atribución de la paternidad al cónyuge cuando el padre biológico es un tercero es un abuso de su confianza, y nadie tiene el derecho de beneficiarse de la relación de pareja para atribuir responsabilidades a quien no le compete. Si la conducta es dolosa o meramente culposa (incluyendo en este concepto las negligencias), genera la obligación de indemnizar.

El TS aplica el requisito general de imputación subjetiva de la responsabilidad civil en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 512/2009, 30/6/2009, (RJ 2009\5490), en un supuesto de daños ocasionados entre ex cónyuges, por impedir la relación paterno-filial al padre biológico del hijo que ostentaba la guarda y custodia del menor. Como se puede apreciar, son supuestos diferenciados a los que no se aplica el mismo criterio de imputación subjetiva¹²⁹.

Resulta de gran interés la SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955)¹³⁰. La AP se desmarca de la aplicación de la doctrina del TS en este ámbito: “Anticipemos ya que nuestra posición será contraria a la del alto Tribunal, que por lo demás es discutible que haya sentado jurisprudencia al tratarse de resoluciones con fundamento al menos parcialmente diverso. (...) Los cambios normativos fuerzan necesariamente una adaptación de la doctrina a la situación normativa actual.”

La AP de Cádiz afirma que no es necesaria la exigencia de dolo en la conducta de la demandada. La AP interpreta que “no es necesaria la concurrencia de una conducta

¹²⁶ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 18.: “La omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reprochable si tenemos en cuenta la facilidad cada vez L en el acceso a las pruebas de ADN.

¹²⁷ SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 466/2007, 5/09/2007, (JUR 2007\340366).

¹²⁸ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit., pág. 3.

¹²⁹ MARÍN GARCÍA, I. Ob. cit., pág. 1375: “La ruptura de la convivencia en común de los progenitores comporta la formación de dos núcleos familiares separados y, por tanto, el criterio de imputación subjetiva vuelve a ser la culpa o negligencia, puesto que en el momento de producción del daño no media entre víctima y dañante relación de parentesco o afectividad alguna.”

¹³⁰ Esta sentencia confirma los razonamientos de la SAP Cádiz, Sección 2ª, núm. 125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675).

adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores (...) si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad.” Se presume que la demandada sabe o puede saber que existe más de una paternidad posible y debe hacer todo lo razonable para determinar la paternidad biológica.

En cuanto la carga de la prueba de la culpa, corresponde al demandado. Se ha dado una inversión de la carga de la prueba de la culpa, que ha pasado a ser la regla general, puesto que antes debía ser acreditada por el demandante. En la actualidad, el demandado ha de acreditar que ha sido diligente¹³¹.

2. La prescripción de la acción de responsabilidad civil en casos de ocultación de paternidad.

La prescripción de la acción¹³² es uno de los argumentos que más se invoca para la desestimación de demandas de daños derivadas del ocultamiento de la paternidad, siendo una cuestión problemática. Ello se debe a que el plazo de interposición de la demanda es de un año y el conocimiento de los hechos de los que se deriva esta responsabilidad requiere en la mayoría de los casos de acciones de impugnación de la paternidad¹³³.

Se debe determinar previamente por sentencia la inexistente filiación mediante la impugnación de la paternidad. La presunción de paternidad matrimonial opera automáticamente y conlleva a la inscripción de la paternidad derivada de la filiación matrimonial. El marido puede impugnar la filiación hasta un año después del conocimiento de que podía no ser padre, aunque no coincida con el año posterior al registro de la filiación¹³⁴. Los hechos probados en ese procedimiento anterior vinculan al tribunal que conozca de la acción de responsabilidad civil, por tanto, la no relación biológica entre padre e hijo es un hecho y se produce el efecto positivo de cosa juzgada¹³⁵.

¹³¹ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit., pág. 102.

¹³² VERDERA SERVER, R.A., “El “Dies a Quo” en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido “Codi de família” y Código civil” en *Revista de derecho privado*, núm. 86, 2002, págs. 349-408.

¹³³ PANIZA FULLANA, A. “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011, págs. 1-9.

¹³⁴ QUICIOS MOLINA, S. “De la paternidad y filiación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Aranzadi*, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, pág. 287 y ss.

¹³⁵ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit., pág. 99.

Una de las sentencias que ha sido objeto de numerosos comentarios es la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2010, 14/07/2010, (RJ 2010\5152)¹³⁶, que trata de la prescripción. El *dies a quo* del plazo de prescripción cambia según se esté ante un daño permanente o continuado. La prescripción en la responsabilidad civil extracontractual establecida en el art. 1968 del CC es de 1 año. Debido a que el plazo es breve, se crean problemas a la hora de interponer demandas sobre responsabilidad civil, porque lo más lógico es que si un cónyuge llega al punto de plantearse la reclamación por esta vía, es después de que se haya roto la relación conyugal, y puede ser que la producción y conocimiento del daño sea anterior a esa ruptura.

En este sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN¹³⁷ afirma que la prescripción es un obstáculo para la reclamación de responsabilidad extracontractual entre familiares. Una de las causas es la brevedad del plazo de un año¹³⁸. Otro de los problemas es la inexistencia de mecanismos para suspender el plazo de prescripción de la acción mientras dura la convivencia. De esta manera, sólo se pueden resarcir los daños manifestados en el año anterior al cese de la convivencia.

En cuanto a la distinción del daño permanente y continuado en casos de Derecho de familia, es de interés la comparación entre la ya citada STS de 14 de Julio de 2010 y la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 512/2009, 30/6/2009¹³⁹, (RJ 2009\5490). Son dos supuestos diferenciados de responsabilidad civil entre cónyuges, puesto que la STS de 2009 trata de daños derivados de la obstrucción en la relación paterno-filial. En esta STS, se desestima que haya prescrito la acción alegando que el daño es continuado, por lo que el plazo de prescripción comienza a contar desde que se produce el resultado definitivo (en este caso, se sigue produciendo daño hasta la extinción de la patria potestad).

¹³⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2010, 14/07/2010, (RJ 2010\5152). En este caso, el plazo de prescripción de la acción de daños en lo que respecta a la ocultación de la paternidad comenzaba a contar el 27 de marzo de 2003, en la que se dicta la sentencia que declara que el demandante no es el padre biológico, y el actor interpuso la demanda en 2005, por lo que el plazo de un año fue superado.

¹³⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Ob. cit., Pág. 2.

¹³⁸ Art. 1968.2: “Prescriben por el transcurso de un año: 2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.”

¹³⁹ MARÍN GARCÍA, I. Ob. cit., págs. 1369-1390. La infracción del derecho de guarda y custodia atribuido al padre se prolongó ininterrumpidamente durante once años, periodo durante el cual este progenitor fue privado de toda relación con su hijo menor. Se infringe el art.160, una obligación legal, por lo que podría haber elegido la vía contractual, para no tener problemas de que la acción haya prescrito.

Sin embargo, en la STS de 2010 sobre ocultación de la paternidad, se estima la prescripción de la acción porque los daños son permanentes y perfectamente diferenciados, y el plazo comienza cuando se conoce el resultado lesivo¹⁴⁰. El *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil derivada de la ocultación de paternidad es, en general, el día en que la resolución que establece la no paternidad sea firme¹⁴¹.

En la SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, (AC 2004\1994), el demandante interpuso la demanda en el último día del plazo de un año de la acción extracontractual. El *dies a quo*, según la AP, es el día en el que se obtienen los resultados de las pruebas de paternidad, por ser el momento en el que se conoce de forma cierta que no se es padre. El momento de realización de pruebas de paternidad es previo a la sentencia firme que declara la no paternidad y el momento en que el demandante comienza a sospechar de su paternidad no se tiene en cuenta para el comienzo del plazo de prescripción, por no existir certeza.

En la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 404/2012, 18/06/2012, (RJ 2012\6849), el TS tampoco entra a conocer del fondo del asunto y se limita al análisis de la prescripción de la acción. El actor formuló demanda frente a ambos progenitores reclamando los daños causados como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales. En este caso el TS interpreta que el daño moral deriva del engaño en la paternidad y de que se fueran a vivir con el padre biológico tras el divorcio. Por lo tanto, en este caso el *dies a quo* cambia, porque el daño se manifiesta con anterioridad a la sentencia firme de impugnación de paternidad¹⁴².

En la SAP Barcelona, Sección 17ª, núm. 503/2011, 27/10/2011, (JUR 2015\4436), el demandante conoce con certeza mediante el procedimiento de impugnación que no es padre del hijo por el que se interpuso la acción de impugnación. Añade que la prescripción no comienza sino “desde la fecha de la declaración de firmeza de la misma”.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit., pág. 4: “el daño moral (...) no es en este caso un daño continuado que permita al actor esperar a que se produzca el resultado lesivo definitivo (...), sino que se trata más bien de un daño permanente (...). Una vez producido, sus efectos permanecen en el tiempo.

¹⁴¹ PANIZA FULLANA, A. Ob. cit., págs. 1-9.

¹⁴² FARNÓS AMORÓS, E., “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 39: “los tribunales deberán determinar (...) si existían elementos suficientes para que el actor sospechara de su no paternidad (...) ya antes del procedimiento de impugnación. Si los había, la acción de impugnación deberá considerarse caducada, lo que vetará cualquier acción de responsabilidad (...).

Finalmente, en la reciente SAP Cantabria, Sección 2ª, núm. 71/2015, 3/03/2016, se afirma sobre la prescripción en daños derivados de ocultación de paternidad sobre el *dies a quo*, que es el día en que el demandante sabe con certeza que no es el progenitor (desde la sentencia que estima la impugnación de la filiación¹⁴³). La sala razona que aunque se tomase como *dies a quo* el día de las pruebas de paternidad tampoco prescribía el plazo al entrar dentro del año y que el *dies a quo* no comienza cuando sólo se tienen indicios.

3. Reclamación de cantidades pagadas por alimentos

La obligación de alimentos que un padre paga a su hijo es un deber moral al que el derecho otorga juridicidad, y se asienta sobre la relación familiar que aquellos mantienen, al ser alimentos derivados de la determinación de la filiación. Es distinta de la obligación legal entre parientes, puesto que su contenido es más amplio¹⁴⁴. Es un deber de carácter unilateral que subsiste hasta la mayoría de edad del hijo.

Una de las causas de extinción de la obligación es la desaparición de la relación parental. Como dice MARTÍNEZ RODRÍGUEZ¹⁴⁵, “La sentencia estimatoria de un proceso de impugnación que deje sin efecto una filiación legalmente determinada, extingue la relación alimenticia que existía.”

La obligación de alimentos en estos casos deriva de la relación de filiación, por ello, el artículo en que se regula es el art. 154 del CC, dentro de los deberes paterno-filiales, diferenciándose del régimen legal de obligación entre parientes¹⁴⁶. La obligación de alimentos nace desde que se es padre (art.148 del CC). Sin embargo, si la reclamación es judicial, se deben desde la interposición de la demanda¹⁴⁷. Una diferencia respecto de la

¹⁴³ STC, Pleno, núm. 138/2005, 26/05/2005, RTC 2005\138. El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación comienza a transcurrir desde la fecha en que el marido conoce que no es el progenitor biológico.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, pág. 47.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. Ob. cit., pág. 580.

¹⁴⁶ QUICIOS MOLINA, S. “*De los alimentos entre parientes*” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), Comentarios al Código Civil, Aranzadi, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, pág. 321. Afirma que esta deuda alimentaria se distingue del resto por sus características peculiares.

¹⁴⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. Ob. cit., pág. 283.

obligación entre parientes es que surge con independencia de la necesidad del alimentista y revisten naturaleza de orden público, por la especialidad del sujeto acreedor¹⁴⁸.

La cuestión de la reclamación de los alimentos en los supuestos de ocultación de paternidad se plantea sobre alimentos pagados durante toda la vida del menor o, en ocasiones, sólo de los alimentos pagados desde la sentencia que establece convenio regulador con la obligatoriedad del pago de una pensión alimenticia. Los tribunales españoles se han mostrado reacios a restituir estas cantidades, con base en la tesis según la cual la filiación produce efectos mientras rige, por el interés superior del menor¹⁴⁹.

Según ÁLVAREZ OLALLA¹⁵⁰, la doctrina que aboga por la no devolución de los alimentos se basa en el principio de *favor filii* y la aplicación analógica el art. 79 CC que consolida los efectos del matrimonio declarado nulo respecto a los hijos. Cabe pensar que el que se enriquece injustamente es el padre biológico, y quizá el menor no se vea perjudicado por esa devolución de cantidades, que ya han sido consumidas por el menor.

La reciente STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015, 24/04/2015, RJ 2015\1915, se ha pronunciado acerca de la posibilidad o no de reclamación de alimentos ex art. 1895 del CC en casos de ocultación de paternidad. El TS afirma que no es posible reclamar estos alimentos por la vía del cobro de lo indebido, porque los alimentos son debidos hasta la sentencia que estime la acción de impugnación, y nada se puede reclamar.

En la misma línea se pronunció la AP de Ciudad Real en 2012¹⁵¹. La obligación de prestar alimentos al hijo deriva de la determinación de la filiación incluso aunque se esté privado de la patria potestad¹⁵². Las sentencias que estiman la acción de impugnación de la paternidad modifican esa filiación, que no deja de tener efectos jurídicos hasta que así se determine su inexistencia por sentencia judicial.

En la citada sentencia, la AP llega a la conclusión de que “Los alimentos satisfechos tienen su cobertura legal hasta que se declara la inexistencia de paternidad sin que pueda darse efectos retroactivos a la misma con efectos patrimoniales.” En esta misma

¹⁴⁸ TENA PIAZUELO, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Aranzadi, 1ª Ed., Cizur menor, 2015, pág. 70.

¹⁴⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de...” Cit., págs. 162-163.

¹⁵⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit. Pág. 3.

¹⁵¹ SAP Ciudad Real, Sección 2ª, núm. 52/2012, 29/02/2012, AC 2012\359.

¹⁵² Artículo 110: “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.”

línea, BELHADJ BEN GÓMEZ¹⁵³ sostiene que es un daño en todo caso patrimonial, pero la jurisprudencia no estima que sean indemnizables “por ser debida la prestación hasta el momento en que cesa la paternidad declarada”. Sin embargo, como se analiza en el apartado 3.1 otras Audiencias Provinciales han estimado la reclamación de estas cantidades.

3.1 Vía para la devolución de las cantidades pagadas

La postura favorable a la devolución de los gastos por alimentos discute acerca de la acción adecuada para interponer la demanda. Para algunos autores, la acción a entablar, más que la de daños, sería la de cobro de lo indebido¹⁵⁴. Una ventaja de interponer la acción de enriquecimiento injusto en reclamación de cantidades pagadas por alimentos es que el plazo de prescripción de dicha acción es de 5 años¹⁵⁵, a diferencia del plazo para la acción de responsabilidad extracontractual fijado en 1 año. Sin embargo, otros autores interpretan que la reclamación de estos alimentos se fundamenta en que son daños patrimoniales, reclamables por la vía de la responsabilidad civil extracontractual¹⁵⁶.

Según FARNÓS AMORÓS, la reclamación de lo satisfecho en concepto de alimentos no se configura usualmente como una acción de responsabilidad civil por la necesaria acreditación de los requisitos de imputación subjetiva y de causalidad que esta acción conlleva, que dificultan la estimación de las demandas. Esta autora interpreta que el plazo de prescripción debe empezar a computarse “desde que la acción pudo ejercitarse” (art. 1969 del CC). En los casos de ocultación de la paternidad, el cómputo del plazo para el

¹⁵³ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit. Págs. 94-106.

¹⁵⁴ ÁLVAREZ OLALLA, P. Ob. cit. pág. 3. :“(…) manifestar mi inclinación hacia la respuesta favorable a permitir la devolución, aun siendo consciente de las dificultades que ello entraña (...).

¹⁵⁵ Está sujeta al plazo de prescripción establecido en el art 1964 del Código Civil. *Artículo 1964*: “**2.** Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.”

¹⁵⁶ BELHADJ BEN GÓMEZ, C. Ob. cit. Pág. 104.

ejercicio de la acción del art. 1895 CC¹⁵⁷ debería iniciarse cuando la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme¹⁵⁸.

En la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2010, 14/07/2010, (RJ 2010\5152), se desestima la acción por prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual interpuesta en la reclamación de lo pagado en concepto de alimentos. Si se hubiera interpuesto la acción de enriquecimiento injusto en vez de la acción del art.1902 del CC, no hubiera existido desestimación por plazo de prescripción¹⁵⁹.

Para autores como MURILLAS ESCUDERO¹⁶⁰, la acción a interponer en la reclamación de alimentos pagados mientras el matrimonio sigue unido es la de enriquecimiento injusto. También si, separados o divorciados los cónyuges, se entregan al cónyuge o ex cónyuge cantidades de dinero en concepto de pensión de alimentos para la educación y demás gastos de los hijos y descubre posteriormente que no es el padre, puede reclamar el reembolso de las cantidades entregadas por error, ejercitando la acción de cobro de lo indebido.

Mientras dura el matrimonio es el padre biológico es el que se enriquece sin justa causa, porque el marido ha cumplido con el deber de alimentos que le correspondía al verdadero progenitor¹⁶¹. Por este motivo, la acción de reclamación de estas cantidades pagadas antes de la ruptura de matrimonio se debe interponer frente al padre biológico. La madre en este caso no se enriquece, porque no recibe ninguna cantidad del marido¹⁶². En el caso de que se separen o divorcien, la madre sí se enriquece, porque recibe la pensión alimenticia para los hijos establecida en el convenio regulador¹⁶³.

La SAP León, Sección 2ª, núm. 1/2007, 2/01/2007, (JUR 2007\59972), trata un caso de ocultación de paternidad y reclamación de alimentos. En este caso el ex cónyuge demanda a ambos progenitores. El demandante tenía la guarda y custodia de sus tres hijos.

¹⁵⁷ ARCOS VIEIRA, M.L. “Del cobro de lo indebido” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, págs. 2453-2454.

¹⁵⁸ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit. pág. 43; pág. 51.

¹⁵⁹ PANIZA FULLANA, A. Ob. cit. págs. 1-9.

¹⁶⁰ MURILLAS ESCUDERO, J.M. Ob. cit., pág. 125.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Ob. cit., pág. 8.

¹⁶² SAP Cádiz, Sección 2ª, núm.125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675.)

¹⁶³ FARNÓS AMORÓS, E. “Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” Cit., pág. 50.: En estas circunstancias existe un cobro de lo indebido por parte de la madre, puesto que las pensiones le fueron entregadas indebidamente (...).

La madre impugna la filiación de su última hija para obtener su guarda y custodia. Se reclama el daño patrimonial por enriquecimiento injusto del padre biológico como consecuencia del pago de alimentos indebidos. La sentencia dictada en la primera instancia desestimó la demanda.

La SAP rechaza la petición de devolución de alimentos pagados frente a la madre porque “es de suponer, que, constante matrimonio y de una u otra forma, haya contribuido a las cargas del matrimonio”. En cambio, el enriquecimiento injusto del padre biológico “que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado y de los alimentos (...) aparece fuera de toda duda.” El demandante no tenía obligación legal de pago y lo hace como consecuencia del error en la filiación. La SAP condena al verdadero progenitor al pago de 16.200 euros (150 euros al mes durante nueve años).

Según FARNÓS AMORÓS¹⁶⁴, la acción de enriquecimiento injusto sólo se puede interponer frente al padre biológico. “Esta acción inaudita en la jurisprudencia española, no procedería respecto del progenitor que ha ocultado la verdad biológica porque se considera que ya ha contribuido a las cargas del matrimonio.” En este sentido, la SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, (JUR 2014\203955), la AP entiende que las cantidades abonadas antes de la crisis matrimonial no se devuelven por ser una contribución para el levantamiento de las cargas familiares, con las que la esposa no se ha enriquecido.

La mayor adecuación de la acción del cobro de lo indebido en este tipo de casos también es defendida por RODRÍGUEZ GUTIÁN¹⁶⁵, afirmando que a su juicio, el marido tiene derecho a la devolución de lo entregado en concepto de alimentos en estos casos y explica que se puede optar por el enriquecimiento injusto¹⁶⁶ por la existencia de error en la entrega al creer que debe cumplir con su deber de prestación de alimentos. Sin embargo, numerosas sentencias de Audiencias Provinciales, como la SAP Ciudad Real¹⁶⁷, Sección

¹⁶⁴ FARNÓS AMORÓS, E. “El precio de ocultar la paternidad” Cit., pág. 9.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio...” Cit., pág. 8.

¹⁶⁶ SAP Murcia, Sección 5ª, núm. 262/2009, 18/11/2009, (AC 2010\60), estima la devolución de cantidades pagadas en concepto de alimentos aplicando el art. 1895, sobre el cobro de lo indebido.

¹⁶⁷ En la misma línea, SAP Granada, Sección 5ª, núm. 1253/2014, 13/06/2014, (AC 2014\1628), F.J. 3º: la obligación al pago de alimentos a los hijos menores deviene exclusivamente de los efectos de la filiación, (...) desde la inscripción en el Registro Civil (...) Y no se extingue hasta que recae sentencia contraria a la existencia de dicha obligación por sentencia firme.

2º, núm. 52/2012, 29/02/2012¹⁶⁸, (AC 2012\359), rechazan la aplicación del art. 1895 CC. La AP sostiene que los pagos realizados lo son con causa legal y ello hace imposible su reclamación como cobro de lo indebido.

La SAP de Ciudad Real afirma que “la menor no se ve aparentemente afectada por la reclamación que por éste concepto se articula contra su madre”. Sin embargo, la AP no aplica la doctrina del cobro de lo indebido, porque la pensión es una obligación impuesta judicialmente en sentencia firme. “Sólo ello podría tener lugar habiendo instado su nulidad lo que ahora sería extemporáneo o mediante el correspondiente recurso extraordinario de revisión, que no consta se interpusiera

3.2 Análisis de la STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015

Como introducción al planteamiento del problema, es conveniente realizar una breve exposición de la jurisprudencia previa que ha tratado acerca de la devolución o no de estas cantidades pagadas. En cuanto a sentencias del Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721), el demandante alegaba que el pago de las pensiones alimenticias había enriquecido el patrimonio de la madre, pues de no haber sido considerado hijo matrimonial hubiera sido ella quien hubiera debido pagarlas. La sentencia resuelve el caso aplicando el artículo 1902 del CC y niega la indemnización. No era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa. La sentencia de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) consideró que la reclamación había prescrito y no entró a conocer del fondo del asunto.

En cuanto a las sentencias de Audiencias Provinciales, algunas sentencias que sostienen que la reclamación de estos alimentos se debe hacer ex art. 1895 del CC¹⁶⁹, sentencias que afirman que el cauce adecuado es el artículo 1902 del CC¹⁷⁰, y sentencias que interpretan que no es de aplicación el cobro de lo indebido¹⁷¹.

¹⁶⁸ La SAP Ciudad Real, Sección 2º, núm. 52/2012, 29/02/2012, (AC 2012\359): “La sentencia recaída en este tipo de procesos es constitutiva de una determinada situación de estado, por lo que el proceso es el medio esencial para crear, modificar o extinguir dicha situación, esto es, esa filiación no deja de tener efectos jurídicos, en particular el de alimentos que ahora nos interesa, sino desde que así lo señala una sentencia judicial.”

¹⁶⁹ SAP Cádiz, Sección 2ª, núm. 125/2008, 3/04/2008, (JUR 2008\234675.)

¹⁷⁰ SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 466/2007, 5/09/2007, (JUR 2007\340366.)

¹⁷¹ SAP Granada, Sección 5ª, núm. 1253/2014, 13/06/2014, (AC 2014\1628.)

La STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015, 24/04/2015, (RJ 2015\1915), es la reciente sentencia que se ha pronunciado sobre la aplicación del cobro de lo indebido para la reclamación de alimentos pagados a quien se pensaba que era hijo. El TS resume los hechos que han llevado al recurrente interponer recurso frente al TS. En 1º instancia, se estima la demanda de reclamación de cantidad por pagos indebidos tras la declaración de la no relación paterno-filial, condenando a la demandada a que abone al demandante el importe de 17.852,65 euros. Sin embargo, la AP decide revocar la resolución recurrida y absuelve a la condenada en 1ª instancia.

El TS afirma que el derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de la presunción de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían. Argumenta que existía una obligación legalmente impuesta entre padre e hijo, que sigue siendo debida hasta que se destruye esta realidad biológica.

La sentencia trata de la posible aplicación o no del cobro de lo indebido ex art. 1895. El TS analiza si concurren los requisitos del cobro de lo indebido establecidos jurisprudencialmente. Para que nazca la obligación de restituir, se requiere un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda o, en general, de cumplir un deber jurídico, la inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe (falta de causa en el pago) y error por parte del que hizo el pago.

El TS entiende que “no es posible trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar.” Así pues, se puede apreciar como el Tribunal Supremo interpreta que la institución del cobro de lo indebido no es aplicable para la devolución de estos alimentos. Con esta sentencia, la única vía que puede ser utilizada para su reclamación es la de la responsabilidad civil extracontractual, quedando excluida la acción de enriquecimiento injusto¹⁷².

¹⁷² PÉREZ GALLEGU, R. “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm. 3, 2015, págs. 141-175.

El TS explica que “sólo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad.”

Los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan. El TS concluye alegando que los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción del cobro de lo indebido.

Es interesante el análisis del voto particular de la STS analizada en este apartado. La obligación de alimentos incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, y no se puede impedir al cónyuge al que se oculta la paternidad que reclame a los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error, “pues en caso contrario se aprobaría el ilícito beneficio obtenido por la falta de cumplimiento de una obligación legal que fue satisfecha por otro.”

No afecta a ello que el error se extendiera al propio juez que aprobó el convenio, no por ello dejan de ser indebidos. Como dicen los Magistrados del TS, Don Antonio Salas Carceller y Don Francisco Javier Orduña Moreno en el voto particular de la STS de 24/04/2015, “no subsana el vicio del consentimiento en cuya virtud se aceptó el sometimiento a dicha obligación en beneficio de los deudores solidarios de alimentos que, como se ha dicho, eran únicamente los verdaderos progenitores.” La devolución de los alimentos es asumida por el verdadero progenitor y no el hijo, por lo que no cabe invocar el principio *favor filii* para desestimar la reclamación.

Este trabajo se identifica más con la opinión reflejada en el voto particular de la sentencia. No se trata en este caso de una cuestión de devolución de alimentos, que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo, beneficiándose económicamente de ello.

FARNÓS AMORÓS¹⁷³, afirma que el Tribunal Supremo debe fijar cuándo y por qué conceptos se puede indemnizar el daño (tanto moral como patrimonial) causado en supuestos de ocultación de la paternidad. Este trabajo defiende esta conclusión, puesto que las sentencias de 1999 han quedado obsoletas, y es necesario que el tribunal supremo se pronuncie, puesto que no hay unificación doctrinal al respecto.

La citada autora afirma que “lo más adecuado sería que los Tribunales resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, ya sea por la vía de la responsabilidad extracontractual o del enriquecimiento injusto.” El Tribunal Supremo, con esta reciente sentencia, ya se ha pronunciado al respecto y ha afirmado que los alimentos pagados previos al descubrimiento de la ocultación de la paternidad no son indemnizables por la vía del cobro de lo indebido, dejando abierta como única vía la responsabilidad civil extracontractual.

IV. RECAPITULACIÓN

Aunque la mayoría de la doctrina afirma que el incumplimiento del deber de fidelidad no es indemnizable, este trabajo, apoyándose en autores como ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, interpreta que el daño moral derivado del incumplimiento de este deber es indemnizable mediante la responsabilidad civil contractual aun contradiciendo la doctrina del TS en 1999, porque existe el incumplimiento de una obligación legal jurídica. En cualquier caso, el daño moral podría ser resarcible por la vía extracontractual al ser un incumplimiento que va más allá de lo pactado.

Sobre el requisito establecido por la doctrina y la jurisprudencia de que exista o gravedad o reiteración por la especialidad del Derecho de familia, el requisito es necesario, pero se debería de definir concretamente qué casos de incumplimiento del deber de fidelidad son o graves o reiterados. Por lo expuesto en este trabajo, uno de los incumplimientos del deber de fidelidad que es grave en sí mismo es el mantenimiento de relaciones sexuales con terceros, por ser tipificado anteriormente en el CP como delito.

Los daños por ocultación de paternidad han suscitado numerosas sentencias de Audiencias Provinciales que estiman que el daño moral es indemnizable porque vulnera la

¹⁷³ FARNÓS AMORÓS, E. “El precio de ocultar la paternidad” Cit., pág. 10.

integridad psíquica del cónyuge que descubre que no es padre y atenta contra el principio de veracidad biológica. Menos unanimidad existe en la indemnizabilidad de los daños patrimoniales por el pago de alimentos al hijo que resulta no serlo. Algunas SAP entienden que no es indemnizable por la vía cobro de lo indebido, otras afirman que es indemnizable por el art.1895 del CC, y otras que es indemnizable por la vía del 1902.

El TS ha interpretado que la devolución de los alimentos pagados no es posible ex art. 1895, por lo que la única vía abierta es la responsabilidad extracontractual, aunque no se ha pronunciado al respecto. Desde este trabajo se defiende la postura de autores como RODRÍGUEZ GUITIÁN, considerando que la vía del cobro de lo indebido es la más adecuada, reiterando lo dicho por el voto particular de la citada STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015, 24/04/2015.

En cuanto a los requisitos del art. 1902 del CC para que exista responsabilidad civil entre cónyuges, los problemas son similares en el incumplimiento del deber de fidelidad y en la ocultación de paternidad. En la mayoría de los casos el daño será moral, con la consiguiente dificultad de su prueba y valoración. El nexo causal y la imputación objetiva no plantean problemas, puesto que la certeza de la causa material es demostrable con informes periciales y la causa es adecuada para producir el resultado lesivo.

Finalmente, el requisito que suscita más controversia es el de imputación subjetiva. Mientras que el TS restringe el criterio al dolo, algunas Audiencias Provinciales aplican el criterio de culpa en sentido amplio y otras, siguiendo la doctrina del TS, interpretan que el daño es indemnizable únicamente si existe conducta dolosa. La postura defendida por este trabajo se identifica con la interpretación de autores como DE VERDA Y BEAMONTE, estimando que es necesaria la aplicación del criterio general de culpa en sentido amplio, aplicando el requisito de que la conducta sea o grave o reiterada como especialidad del Derecho de Familia.

El TS se debería pronunciar acerca de los requisitos necesarios para la estimación de las demandas entre cónyuges, puesto que en la actualidad no se aplican de una manera uniforme y cada AP los interpreta de una forma diferente, existiendo controversia, sobretudo en cuanto a la imputación subjetiva y a la gravedad o reiteración de la conducta. También se debería pronunciar acerca de la posibilidad de reclamar los daños

patrimoniales por la vía extracontractual, al negar la posible indemnización por enriquecimiento injusto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, E. “Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs. 11 y ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial” en *Aranzadi Civil*, núm. 9/2010, Pamplona, 2011.
- ARCOS VIEIRA, M.L.: “La desaparición de la *affectio maritalis* como causa de separación y divorcio” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.8, 2000, págs. 71 y ss.
- “Del cobro de lo indebido” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, pág.2453 y ss.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. “El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs. 79-128.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. “Ocultación de paternidad y daños morales” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, págs. 94-106.
- CABALLERO GEA, J.A. *Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de género, pensión impagada*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. *Daños en el derecho de familia*. Thomson Aranzadi, 2006.

-“Resarcimiento del daño moral por intromisión ilegítima en la intimidad del otro cónyuge” en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, 2012, págs.161 y ss.

-DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de los deberes conyugales” en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Dir), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, 2012, págs. 103 y ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. “los cónyuges son iguales en derechos y deberes” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 767 y ss.

EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.A. “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: STC 81/2003, de 11 de abril de 2013 y 93/ 2003, de 23 de abril de 2013” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, núm. 5, 2013, págs. 75-115.

FARNÓS AMORÓS, E. “Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad”, en *InDret*, núm. 4, 2007.

-“El precio de ocultar la paternidad” en *Indret*, núm. 2, Barcelona, 2005. (www.indret.com).

-“Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad” en *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011, págs. 9-54.

FAYÓS GARDÓ, A. “Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil, una perspectiva española y norteamericana”, en *Actualidad civil*, núm. 14, 2011, págs. 1562-1570.

FERRER RIBA, J. “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, en *Indret*, núm. 4, 2001. (www.indret.com).

GÓMEZ POMAR, F. “Daño moral” en *InDret*, núm. 1, 2000, págs. 1-14.

- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 46, 2013, págs. 203-221.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ETXEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, 4ª Ed., Dykinson, 2010.
- LIÑÁN GARCÍA, A. “Diversas consideraciones sobre las uniones de hecho en los ordenamientos jurídicos español y canónico” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 35, 2015, págs. 1-31.
- LÓPEZ AZCONA, A. “La ruptura de las parejas de hecho” en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, núm.12, 2002.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. “El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales”, en *Indret*, núm. 4, 2010, págs.40 y ss.
- LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal, parte general*, 2ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 25.
- MARÍN GARCÍA, I. “Sentencia de 30 de junio de 2009” en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, págs. 1369-1390.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. “De los derechos y deberes de los cónyuges” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, págs. 207-211.
- MARTÍN-CASALS, M. Y RIBOT J. “Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011, págs. 503-561. `
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Ed. La Ley, Madrid, 2002.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M. “La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal”, en *REDUR*, núm. 13, 2015, págs. 111-127.

- NOVALES ALQUEZAR, M.A. “Hacia una teoría de la responsabilidad civil en el derecho de familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm.60, 2006, págs. 197-218.
- *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*. Comares, Granada, 2007.
- PANIZA FULLANA, A. “Filiación impugnada: prescripción y daños continuados”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2011.
- PÉREZ GALLEGO, R. “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, núm. 3, 2015, págs. 141-175. (dialnet.unirioja.es)
- PÉREZ MAYOR, A. “Revolución en el derecho de familia: indemnización por daño moral” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 766/2008, 2008.
- QUICIOS MOLINA, S. “De la paternidad y filiación” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Aranzadi*, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, pág.287 y ss.
- De los alimentos entre parientes” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil, Aranzadi*, 4ª Ed. Cizur menor, 2013, pág.321 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, F.L.: “Los deberes conyugales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 14-15, 1996-1997, págs. 261-314.
- REGLERO CAMPOS, L.F.: “Conceptos generales y elementos de delimitación” en REGLERO CAMPOS, L.F. *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, págs. 159-180.
- “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de la responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, págs.786-787.

- ROCA I TRÍAS, E. “La responsabilidad civil en el derecho de familia: venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad” en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, págs. 533-566.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)” en *Diario La Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina, 2011.
- “Responsabilidad civil en el derecho de familia. Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales” en *Abogacía*, núm. 6, 2010, págs. 75-104.
- Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- ROMERO COLOMA, A.M. “El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción” en *Diario la Ley*, núm. 7646. (*diariolaley.laley.es*)
- Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*. Bosch, Barcelona, 2009.
- La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges y parejas de hecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1-100.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B. Y PÉREZ VALLEJO, A.M. *Valoración y reparación de daños entre familiares, fundamentos para su reclamación*. Comares, Granada, 2012.
- TENA PIAZUELO, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Ed. Aranzadi, 1ª Ed., Cizur menor, 2015.
- VERDERA SERVER, R.A., “El "Dies a Quo" en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido "Codi de familia" y Código civil” en *Revista de derecho privado*, núm. 86, 2002, págs. 349-408.

VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, F. *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, 5ª Ed. Cizur, 2014, págs. 301 y ss.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La infidelidad conyugal y el resarcimiento de los daños causados por ella”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 885/2014, Pamplona, 2014.

VI. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA CITADA

STC, Pleno, núm. 138/2005, 26/05/2005, RTC 2005\138.

STC, Pleno, núm. 93/2013, 23/04/2013, RTC 2013/93.

STS, Sala de lo Civil, núm. 202/2015, 24/04/2015, RJ 2015\1915.

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 355/2013, 3/05/2013, RJ 2013\4648.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 404/2012, 18/06/2012, RJ 2012\6849.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 445/2010, 14/07/2010, RJ 2010\5152.

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 512/2009, 30/6/2009, RJ 2009\5490.

STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2006, RJ 2006/835.

STS, Sala de lo Civil, núm. 1163/2003, 9/12/2003, RJ 2003\8643.

STS, Sala de lo Penal, núm. 1870/2002, 18/11/2002, RJ 2002\10488.

STS, Sala Primera, núm. 140/2001, 4/06/2001, RTC 2001\140.

STS, Sala de lo Civil, núm. 701/1999, 30/07/1999, RJ 1999\5726.

STS, Sala de lo Civil, núm. 687/1999, 22/07/1999, RJ 1999\5721.

SAN, Sala de lo Penal, Sección 3ª, núm. 4/2016, 12/02/2016. JUR 2016\36014.

SAP Cantabria, Sección 2ª, núm. 71/2015, 3/03/2016.

SAP Granada, Sección 5ª, núm. 1253/2014, 13/06/2014, AC 2014\1628.

- SAP Cádiz, Sección 8ª, núm. 88/2014, 16/05/2014, JUR 2014\203955.
- SAP Madrid, Sección 9ª, núm. 222/2014, 9/05/2014, AC 2014\1397.
- SAP Valencia, Sección 10ª, núm. 241/2012, 28/03/2012, AC 2012\910.
- SAP Ciudad Real, Sección 2º, núm. 52/2012, 29/02/2012, AC 2012\359.
- SAP Barcelona, Sección 17ª, núm. 503/2011, 27/10/2011, JUR 2015\4436.
- SAP Coruña, Sección 3ª, núm. 424/2010, 8/11/2010, AC 2010\2303.
- SAP Murcia, Sección 5ª, núm. 262/2009, 18/11/2009, AC 2010\60.
- SAP Cádiz, Sección 2ª, núm. 125/2008, 3/04/2008, JUR 2008\234675.
- SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 466/2007, 5/09/2007, JUR 2007\340366.
- SAP Barcelona, Sección 18ª, núm. 27/2007, 16/01/2007, JUR 2007\323682.
- SAP León, Sección 2ª, núm. 1/2007, 2/01/2007, JUR 2007\59972.
- SAP Valencia, Sección 7ª, núm. 597/2004, 2/11/2004, AC 2004\1994.
- SAP Segovia, Sección Única, núm. 186/2003, 30/09/2003, JUR 2003\244422.